Adolph Dieterich Weber,
Beider Rechten Doctor,
und öffentlicher Lehrer auf der Königlich Dänischen,
Herzoglich Schleswig-Holsteinschen Universität
zu Kiel,

Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung.

Zweite Abteilung.

Schwerin, Wismar und Bützow,
im Verlag der Boednerschen Buchhandlung. 1785.

Inhalt.

Vierter Abschnitt. Von natürlich erlaubten, iedoch bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäften.

§. 61. Das bürgerliche Verbot muß vor allen Dingen ausser Zweifel gesezt sein. — S. 193.
§. 62. Auf welche Geseze hiebei Rücksicht zu nehmen? — — — — 194.
§. 63. und 64. Ueber die Erklärung dieser positiven Geseze. — — — 199.
§. 65. Klassifikation der einzelnen hieher gehörenden Fälle; Erste Klasse. — — 225.
§. 66. Zweite Klasse. — — — 233.
§. 67. Dritte Klasse. — — — 235.
§. 68. Von der natürlichen Verbindlichkeit in diesen Fällen überhaupt; Barbeiracs Meinung. — — — 244.
§. 69. Wird widerlegt. — — — 251.
§. 70. Versuch einer richtigern Bestimmung. — 255.
§. 71. Ueber die Kontroverse der ältern und neuern Juristen wegen der natürlichen Verbindlichkeit der Pupillen. — — 265.
§. 72. Ueber die natürliche Verbindlichkeit der Minderiährigen, in Rücksicht auf die Vorschriften des römischen Rechts. — — 285.
§. 73. Nach teutschen Gesezen und dem heutigen Gerichtsgebrauche. — — 294.
§. 74. Von der Nichtigkeit solcher Handlungen, die gegen verbietende Geseze unternommen worden, und ob eine gültige Entsagung der leztern statt finde. — — 297.
§. 75. Ob und in wie ferne dasienige, was zur Erfüllung verbotener Rechtsgeschäfte gegeben oder bezalet worden, wiederum zurückgefordert werden könne? Zweifel gegen die Richtigkeit der gemeinen Lehre. — 309.
§. 76. Versuch einer genauen Bestimmung der obigen Frage; die Zurückforderung ist in der Regel unzulässig. — — 318.
§. 77. Ausnamen von dieser Regel. — — 329.

Nach-

Nachricht an den Leser.

Mit der Lehre von natürlich erlaubten, aber bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäften, wird diese zweite Abteilung geschlossen, damit sie der ersten in der Bogenzal nicht zu ungleich sein möge. Selbst aber in Ansehung der erwähnten Rechtsgeschäfte ist noch die Frage übrig, welche Wirkung der Eid, die Verpfändung und Bürgschaft dabei haben können? wovon iedoch, um diese Materien im Zusammenhange abzuhandeln, im 8ten Abschnitte unten das Weitere vorkommen wird.

Druckfehler, welche den Sinn entstellen.

Seite 301. Zeile 6. von unten, statt vornimmt, lies verneinet.

— 304. — 16. von oben, statt natürliche, lies väterliche.

Vier=

Vierter Abschnitt.

Von natürlich erlaubten, jedoch bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäften.

§. 61.

Das bürgerliche Verbot muß vor allen Dingen ausser Zweifel gesezt sein.

Wenn die Gültigkeit einer natürlich erlaubten, und rechtsverbindlichen Handlung aus dem Grunde bestritten wird, weil der Vorgang nach bürgerlichen Rechten für unerlaubt zu achten: So muß vor allen Dingen das leztere völlig in Gewißheit gesezt, und durch klare civil Geseze erwiesen werden, daß die Handlung in der That bürgerlich verboten, und unerlaubt sei (§. 59. Nro. I.). Wer daher einen natürlich gültigen Vertrag für sich anführen kann, der hat, zumal nach heutigen Rechten (§. 47.), so lange einen gegründeten und rechtmässigen

Anspruch, bis das Gegenteil durch deutliche Verordnungen des civil Rechts dargethan worden 193). Da die Rechtsgelehrten nicht selten geneigt sind, entweder würklich gültige Handlungen wider den Sinn der Gesetze unwirksam zu machen, oder dem bürgerlichen Verbote allerhand ungebührliche Einschränkungen beizufügen: So ist die Vorsicht sehr zu empfehlen, daß man sich in diesem Puncte blos von den Gesetzen selbst, nicht aber von den Meinungen der Ausleger leiten lasse. Der iuristische Köhlerglaube, dem die sogenannte communis doctorum opinio zur alleinigen Richtschnur dient, ist nirgend gefährlicher, als hier.

193) CLAPROTH iurisprud. heuremat. Edit. 2. §. 32. Regulariter omnes contractus iniri possunt; quidam autem sunt de genere prohibitorum, si scilicet contra claras leges vel bonos mores infringunt; alias, *si legis dispositio clare non prohibeat, in dubio conventiones omnimodo firmae manere debent.*

§. 62.

Auf welche Gesetze hiebei Rücksicht zu nehmen.

Um aber von den verbietenden positiv Gesetzen eine zu treffende Anwendung zu machen, ist nöthig, daß man den Handel gerade nach denen Rechten beurteile, welche eigentlich dabei zur Norm dienen müssen; wonächst eine richtige Er-

klärung

klärung der darinn enthaltenen Vorschriften erfordert wird. So viel das Erstere anbetrift: So ist es bekannt, daß in der Regel die Gültigkeit, oder Ungültigkeit rechtlicher Geschäfte nach den Gesetzen des Orts zu bestimmen sei, wo die Handlung vorgenommen worden 194). Dieser Satz ist in der gegenwärtigen Materie sehr wichtig. Denn nicht nur die Deutschland geltende gemeinen Rechte, sondern auch die provinzial Gesetze und Statuten eines ieden Landes und Orts enthalten eine Menge Verordnungen, wodurch natürlich erlaubte und verbindliche Handlungen verboten werden. Da aber diese Rechte bekanntlich sehr von einander abweichen, so kann es nicht fehlen, daß in teutschen Gerichten vielfältig der Fall eintreten müsse, da die Gesetze des Orts, wo der Handel getroffen worden, und des Orts, wo geklagt wird, in diesem Stücke nicht übereinstimmen, folglich von der obigen Regel Gebrauch zu machen ist. Sollen unter den Parteien Rechte und Verbindlichkeiten statt finden: So müssen ihre Rechtsgeschäfte unter solchen Umständen geschlossen sein, da sie dergleichen Wirkung haben konnten. Hieraus folgt, daß ein Vertrag, welchen die Gesetze des Orts, wo er eingegangen ist, verbieten, auch an andern Orten, wo er sonst erlaubt und rechtsverbindlich ist, nicht als gültig, und klagbar angesehen werden könne 195). Alle Verträge aber, welche da, wo sie getroffen worden, erlaubt und gültig sind, behaupten allenthalben den völligen gericht-

lichen Effect, und der Beklagte kann sich nicht damit schützen, daß etwa das Versprechen da, wo geklagt wird, verboten und ungültig sei 196). Diese Regel ist jedoch nicht ohne Ausnamen 197), wohin vorzüglich zu rechnen: 1) Wenn Untertanen eines Landes in der Absicht, um den Gesetzen desselben auszuweichen, eine hier verbotene Handlung in einem fremden Lande, wo sie erlaubt ist, vollziehen 198). 2) Wenn das Versprechen nicht erfüllet werden kann, ohne daß eine Handlung vorgehe, eine Verbindung getroffen werde, die schon an sich nach den Gesetzen unsers Landes durchaus nicht geduldet werden soll 199). 3) Wenn von solchen auswärtigen Verordnungen die Rede ist, wodurch unsern Rechten und Freiheiten Eintrag geschiehet 200).

194) HUBER *de iure civitatis* Libr. 3. Sect. 4. Cap. 1. HERTIUS de collisione legum, Giessae 1688. HOMMEL Rhapsod. Quaest. Observ. 409. *Ioh. Theoph.* SEGER de vi legum et decretorum in territorio alieno, Lips. 1777. **Westphal teutsches und reichsständiges Privatrecht**, Th. 1. S. 32. Die Meinung, daß der Richter die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte lediglich nur nach den Gesetzen seines Landes beurteilen müsse, welche VOET *Comm.* ad *Pand.* Lib. I. Tit. IV. p. 2. de statutis §. 5. seqq. sehr umständlich vorträgt, ist nicht füglich anzunehmen. Er selbst lenkt auch am Ende wieder ein, wenn er sich dahin erklärt: *ex summo quidem iure* et ratione naturali statuta ultra statuentis territorium operari nil posse; mit dem Zusatze §. 12. seqq. communi tamen gentium consensu insuper habitis de iure

iure summo ratiociniis ad validitatem actus sufficere adhibitionem solemnitatum, quas lex loci in quo actus geritur, praescripserit observandas.

195) Wer also an einem Orte, wo die Glücksspiele dergestalt erlaubt sind, daß auf den Gewinnst geklagt werden kann, eine Summe Geldes verspielt, gegen den findet auch an andern Orten, wo die Spiele untersagt sind, eine Klage statt. Denn 1) das Verbot einer natürlich erlaubten Handlung, dergleichen das Glücksspiel unstreitig ist, kann sich nicht extra territorium erstrecken; der Kläger hat mithin bey Eingehung des Spiels kein verbietendes Gesetz übertreten; man kann also 2) nicht sagen, daß er aus einem unerlaubten facto agire, und etwas fordere, so wider die Gesetze angeht. Denn dort, wo er kontrahirte, war die Handlung erlaubt, mithin liegt dem Beklagten daraus eine natürliche Verbindlichkeit ob. Diese ist in der Regel in bürgerlichen Gerichten klagbar (§. 59. II.); es kommt auch dem Schuldener um so weniger zu statten, daß da, wo er belangt wird, die Spiele verboten sind; weil dadurch nur derienige das Recht zu klagen verliert, welcher **die Gesetze dieses Orts übertreten hat.** Dessen hat sich der Kläger in dem angenommenen Falle nicht schuldig gemacht, und wenn daher die Gesetze, welche das Spiel verbieten, nicht zugleich verordnen, daß auch eine an andern Orten gewirkte Spiel-Schuld nicht klagbar sein solle: So darf der Richter die Klage nicht abweisen (§. 59. III. IV.). Daß aber auch im umgekehrten Falle, wenn eine Spielschuld da, wo die Gesetze es verbieten, gewirket worden, an andern Orten, wo es etwa erlaubt ist, nicht klagbar sei, folgt aus den obigen Grundsätzen von selbst. **Voet** a. a. O. §. 14. wirft bei die-

 ser

ser Gelegenheit die Frage auf: quid statuendum sit, si quis in loco aliquo actum gerens, neglectis loci istius solemnibus, adhibuerit ea, quae domicilii statuta desiderant? Er hält dafür, daß die Handlung in foro domicilii als gültig anzunehmen sei: MYNSINGER hingegen Cent. V. Obs. 20. und GRASSVS recept. sentent. quaest. 54. n. 24. behaupten, wie ich glaube, mit Recht, das Gegenteil.

196) Gerade umgekehrt verhält sich die Sache in denen Fällen, wo der Handel nicht sowohl durch verbietende Gesetze untersagt, als vielmehr nur das ius agendi dem Gläubiger verweigert worden. HOMMEL Observ. 409. Jedoch davon im folgenden Abschnitte mit mehrerm.

197) SEGER Dissertat. cit. §. 5. 6.

198) HARTLEBEN Medit. ad Pandect. Spec. 9. med. 5. **Eichmann Erklärung** des bürgerlichen Rechts, Th. I. p. 159. VOET. *Comm. ad Pandect. cit. loc.* §. 14. in den Worten: Quum indignus videatur ullo beneficio, et comitate, qui domicilii iura consulto, ac fraudulenter sprevit, circumvenit, elusit. Quo reducendos existimem eos, qui, quum in domicilii loco obtinerent graviora chartae sigillatae onera fisco pendenda, ut iura sigilli fraudarent, alio tendunt, ubi ignotum illud tributi genus, actu perfecto ad domicilii locum revertuntur.

199) Z. B. Wenn Personen an einem Orte, wo ihnen die eheliche Verbindung erlaubt war, sich mit einander verlobt haben, und die **Volziehung der Ehe** an einem andern Orte, wo sie schlechthin verboten ist, verlangt wird.

200) SEGER Dissertat. cit. §. 5. VOET l. c. §. 11.

§. 63.

§. 63.

Ueber die Erklärung dieser positiven Gesetze.

Ist nun solchergestalt die Frage: nach welchen Gesetzen der vorkommende Fall zu beurteilen sei, gehörig berichtiget: So kommt es auf eine zu treffende Erklärung und Anwendung derselben an. Die Rechtsgelehrten pflegen zu dem Ende 1) vor allen Dingen die Regel zu empfehlen: Alle Gesetze, welche die natürliche Freiheit einschränken, mithin auch diejenigen, welche natürlich erlaubte Handlungen verbieten, sind strenge zu interpretiren 201). Allein genau erwogen: So ist die wahre Absicht und Willensmeinung des Gesetzgebers, worauf man bey aller Auslegung und Anwendung der Gesetze Rücksicht zu nehmen hat, auch hier die Hauptsache. Findet man also, daß der Wille desselben weiter gehet, und mehr in sich fasset, als die Worte ausdrücken: So muß die ausdehnende Erklärung eintreten, und es ist gar nicht abzusehen, warum bei den sogenannten legibus correctoriis eine Ausnahme davon gemacht werden sollte. Ist aber die Absicht des Gesetzgebers durch die Worte genau erschöpft; oder gehet sie nicht auf alles, was der Ausdruck unter sich begreift: So muß man freilich bald bei den Worten stehen bleiben, bald einschränken; aber nicht gerade darum, weil von einem verbietenden Gesetze die Rede ist, sondern weil bey allen dunklen

Gesetzen das nämliche eintritt 202). Das aeußerste, da von iener Regel noch ein etwaniger Gebrauch zu machen sein dürfte, wäre, wenn man die Bestimmung hinzufügte, daß in zweifelhaften Fällen, wo es weder der ausdehnenden, noch der einschränkenden Erklärung an Gründen fehlt, iedoch keine derselben etwas überwiegendes für sich hat, der Richter mehr geneigt sein müsse, die gelindere Meinung vorzuziehen, folglich die leztere Art der Auslegung vordringen zu lassen 203). 2) **Wenn übrigens der Gesetzgeber eine Handlung, oder einen Vertrag im allgemeinen verboten hat: So sind auch alle dahin gehörige Unterarten so lange als unerlaubt anzusehen, bis man deutlich zeigen kann, daß diese oder iene Species von dem allgemeinen Verbote eximiret sei; oder daß der Grund des Gesetzes in einer einzelnen Gattung gänzlich wegfalle** 204). Von der eigentümlichen Bedeutung der Worte und deren gewöhnlichen Umfange ist nicht eher abzugehen, als bis man deutlich siehet, daß der Gesetzgeber ... Anderes gewollt habe 205). Hieraus ist nun leicht zu erklären, in wie ferne von den beiden bekannten Regeln: **Wo der Grund des Gesetzes nicht statt findet, da fällt auch die Verordnung desselben hinweg** — wiederum: **Wo der Grund des Gesetzes eintritt, da muß auch die Vorschrift desselben beobachtet werden**, in der gegenwärtigen

Materie

Materie ein Gebrauch zu machen. Es kann dieses mit glücklichem Erfolge geschehen, wenn der Gegenstand des Gesetzes in seinen Unterarten durch gewisse Verhältnisse dahin bestimmt wird, daß Zweifel entstehen, ob das gesetzliche Verbot sich mit darauf erstrecke, oder nicht, — wenn eine Handlung an sich zwar wohl eine Gattung derienigen, die das Gesetz verbietet, ausmachen dürfte, allein die besondere Beschaffenheit, wodurch sie sich von den übrigen Unterarten trennt, (differentia specifica) auf solchen Merkmalen beruhet, welche die Anwendung des Gesetzes zweideutig machen. Hier sagt man mit Recht: ubi eadem ratio, ibi eadem dispositio, imgleichen: cessante ratione legis, cessare debet eiusdem dispositio. Auffallend unrichtig aber wird die erstere Regel angewendet, wenn man vermittelst derselben das bürgerliche Verbot auf Handlungen hinausdehnen will, welche von dem Gegenstande des Gesetzes durchaus verschieden sind, und zu einer ganz andern Klasse von Geschäften gehören. Es kann sein, daß der Grund der Verordnung dabei ziemlich zutreffe, allein dies berechtigt den Richter nicht, ein Mehreres für unerlaubt zu halten, als die Gesetze selbst wirklich verboten haben. Wenn also z. B. ein Landesherr verbietet, denen Kindern, welche noch unter väterlicher Gewalt stehen, Geld anzuleihen: So läßt sich mit Recht nicht behaupten, daß auch derienige das Gesetz übertreten habe, welcher ihnen kein Geld, sondern Waaren geborget hat. Denn

immerhin mag der Grund, warum das erstere verboten worden, auch bei dem leztern gleichfalls eintreten: So folgt doch daraus höchstens nur so viel, daß der Gesetzgeber das Eine so gut, wie das Andere hätte verbieten können, ja ich will auch die Folge, daß er es billig verbieten muste, nicht einmal bestreiten. Allein so lange man zugeben muß, daß Geld anleihen, und Waaren auf Credit verkaufen, zwei ganz verschiedene Dinge sind, so lange kann auch der Richter darum, weil ienes untersagt ist, noch nicht sofort auch das Leztere unerlaubt erklären, ohne einen gesetzwidrigen Eingrif in die Rechte der gesetzgebenden Macht zu thun. Seiner Pflicht und der Gränzen seines Amts eingedenk, kann er sich kein anderes Raisonnement über die Sache erlauben, als dieses: Damit gewissen Leuten die Gelegenheit zur Ausschweifung und verschwenderischen Lebensart genommen werde, hat der Landesherr verboten, ihnen Geld anzuleihen; — es wäre zu wünschen, daß ihnen auch keine Waaren geborgt werden dürften, iedoch, da die Gesetze hievon nicht reden: So ist es für erlaubt zu halten, bis sie es wirklich verbieten 206). Uebrigens ist daran gar nicht zu zweifeln, daß 3) eine Handlung, ob sie gleich an sich in einer ganz andern Form, als dieienige, wovon in dem verbietenden Gesetze die Rede ist, erscheinet, dennoch für unerlaubt, mithin unverbindlich zu halten sei, wenn erweislich ist, daß im Grunde die Absicht, das

Gesetz

Gesetz zu übertreten, dabei obwaltet, und man nur, um das bürgerliche Verbot zu eludiren, der Sache eine andere Wendung gegeben, das ist, in Fraudem legis gehandelt habe 207). Z. B. Wenn Jemand solchen Leuten, denen er kein Geld leihen darf, zu dem Ende Waaren borget, damit sie sich dadurch bei andern baares Geld verschaffen können: So ist dieser Handel freilich unerlaubt und unverbindlich, aber nicht sowohl wegen der Gleichheit des Grundes bei dem Darlehne und dem Kreditiren der Waaren an sich, als vielmehr, weil in der That die Absicht der Parteien auf den eigentlich verbotenen Gegenstand selbst gerichtet gewesen, und es ihnen unmöglich freistehen kann, durch dergleichen vorsätzliche Einleitungen, den Zweck des Gesetzgebers zu vereiteln. Gleichwie aber überhaupt demienigen der Beweis obliegt, welcher behauptet, daß die dermalige Form einer Handlung nur zum Scheine gebraucht, die wahre Absicht aber auf eine andere Art von Geschäften gerichtet gewesen 208): So ist auch am allerwenigsten zu vermuten, daß eine rechtswidrige Intention dabei obgewaltet, und die gegenwärtige Einrichtung des Geschäftes nur zu dem Ende beliebt worden, um eine verbotene Sache der Attention des Richters zu entziehen 209). Wenn daher 4) die Handlung **an sich** 210) den Gesetzen nicht entgegen ist: So ist sie auch allewege so lange für gültig und rechtsverbindlich zu erkennen, bis derienige, von dem sie angefochten wird, er-

weisen

weisen kann, daß in der That ein verbotenes Geschäfte dadurch bezielet worden. Ob aber gleich im Ganzen die Vermutung in diesem Stücke wider ihn ist: So liefert doch oft die individuelle Beschaffenheit des Handels, und die nähere Prüfung der dabei eintretenden Nebenumstände zu seinem Vorteile solche dringende Koniekturen, daß er sich derselben zur Führung des ihm obliegenden Beweises mit gutem Erfolge bedienen kann 211).

201) *Andr. Florus* RIVINUS *de benigna iureconsultorum interpretatione*, Vitemb. 1752. *Ioh. Fridr.* POLAC *de noxia et incongrua favorabilium et odiosorum interpretatione*, Francoforti 1728. *Ioh. Aug.* HELLFELD *iurispr. forens.* §. *1218.*

202) *Ioh.* VOET. *Comment. ad Pandectas* Tit. de legibus etc. §. 44. in den Worten: Non desunt, quibus placuit, cancellis adeo angustis novae legis coarctare virtutem, ut legem novam correctoriam in suis terminis propriis servandam, nec ad alios casus ex rationis paritate, aut identitate, immo nec maioritate, extendendam esse contendant. Sed quia non minus de novis legibus, quam de prioribus, immo magis de novis, quam de antiquis plenius iam usu ventilatis, certum est, non omnes articulos singulatim iis comprehendi posse, ac propterea *legis omnis* natura postulat, ut probe cognita eius ratione ad similia producatur; non potest non suadere sana ratio legum correctoriarum ad similes casus extensionem. Nach diesen Grundsätzen, welche man beim V. G. FORSTER *de iuris interpret.* Cap. 2. §. 2. sequ. weiter ausgeführt findet, ist leicht

zu

zu beurteilen, in wie ferne mit Recht behauptet werden könne, daß in peinlichen und Strafsachen der Regel nach keine ausdehnende Erklärung (interpretatio extensiva) statt finde. KRAUSE de extensiva poenarum interpretat. PÜTTMANN Lib. 2. adversar. iur. cap. 29. p. 201. Der berühmte Herr Tribunals-Assessor **Quistorp** in seinen Grundsätzen des teutschen peinlichen Rechts §. 3. hält eine solche Erklärung auch in peinlichen Fällen für zulässig, wann entweder eine offenbare Gleichheit des Grundes, oder auch der wahre Endzweck des Gesetzes die Anwendung desselben auf solche Fälle, wovon es den Worten nach nicht redet, rechtfertigen möchte. Art. 130. 137. 148. und 177. d. P. G. O. HARTLEBEN ad Leyserum Spec. 2. M. I. WOLTAER fascic. I. Observat. 8. Der Fall ist freilich ein für allemal auszunehmen, wenn ein Gesetz dem ungeachtet alle Ausdehnung schlechterdings verbieten sollte. *Ioh. Ortw.* WESTENBERG *Princip. iur. secund. ord. Digest. Tit. de legib.* §. 32.

203) L. 9. D. de Regul. iur. Semper *in obscuris* quod minimum est, sequimur. L. 3. D. de his quae in testam. del. In re *dubia* benigniorem interpretationem sequi, non minus iustum est, quam tutius. Der Herr Geheime Rath **Nettelbladt** bestimmt die ganze Sache in folgenden Worten sehr genau: Dicitur benigna interpretatio, per quam is sensus pro vero adsumitur, qui legibus naturalibus magis convenit, quam alter, vel saltim a rigore magis alienus est; eaque locum habet, si adest *ambiguitas*, id est, plures interpretationes *aeque probabiles sunt. System. elem. iurisprud. posit. German. commun. general.* Halae 1781. §. 230.

204) Beispiele hievon findet man in meiner Erörterung der Frage: Wie weit erstreckt sich eigentlich bei Verpfändungen das Verbot der sogenannten *legis commissoriae?* Kiel 1784.

205) VOET. Tit. de legibus §. 20. in den Worten: Nec aliter a propria verborum significatione recedendum, quam quum manifestum est, id sensisse legislatorem. Voluisse autem hunc a propria vocum significatione abire colligi poterit tum ex antecedentibus et subsequentibus legis verbis, praefatione epilogo et similibus; tum ex ratione legis, ipsi legi subiuncta, tum etiam ex eo, quod verba proprie accepta involverent absurditatem, impossibilitatem, vitium, vel significationem rei gerendae minime aptam.

206) Um noch Ein Beispiel solcher unschicklichen Extensionen anzuführen, darf ich mich nur auf die von vielen Rechtsgelehrten angenommene Meinung berufen, daß es den Handwerksleuten, welche bey ihrer Handthierung Geräusch machen, als Grobschmieden, Schlössern, Kupferschmieden u. d. m. verboten sei, in der Nachbarschaft eines Gelehrten ihre Wohnung zu mieten; damit dieser in seinen Meditationen nicht gestöret werde. In der L. un. C. de stud. liberal., woraus man dieses herleiten will, ist von Geräusch machenden Handwerkern, und deren gemieteten Wohnungen nicht ein Wort enthalten, sondern die Verordnung geht eigentlich nur dahin, daß in den öffentlichen Kollegien, woselbst die akademischen Vorlesungen gehalten wurden, (wie es noch jezt auf den englischen und verschiedenen katholischen Universitäten gebräuchlich ist) die Hörsäle so angelegt werden sollten, damit jeder Docent für sich predigen könne, und nicht durch den allzunahen Vortrag eines andern

gestöret

gestöret werde. Vnicuique loca specialiter deputata adsignari debent, ne discipuli sibi invicem possint obstrepere, *vel magistri*; neque linguarum confusio permixta vel vocum aures quorumdam aut mentes a studio litterarum avertat. Man muß also, wie ein berühmter Gelehrter richtig bemerket, eine sehr ausdehnende Interpretation zu Hülfe nehmen, um ienen Satz aus diesem Gesetze herzuleiten. **Höpfner im theoretisch-praktischen Kommentar über die Heineccischen Institutionen** §. 885. imgleichen C. F. WALCH *controvers. iur. p.* 393. *ed.* 2*dae*. Dergleichen Art der Auslegung ist und bleibt aber immer falsch, es wäre denn, daß wirklich der Fall eintreten sollte, von welchem FORSTER a. a. O. schreibt: quando manifesta resultaret absurditas, nisi fieret in correctoriis extensio, aut lex nullum sortiretur effectum, si non extenderetur.

207) L. 29. D. de LL. *Contra* legem facit, qui id facit, quod lex prohibet, *in fraudem* vero, qui salvis verbis, sententiam eius circumvenit. *Ioh.* VOET. Lib. I. Tit. I. §. 6. *Ioh. Aug.* HELLFELD, iurispr. forens. §. 302.

208) von Tevenar Theorie der Beweise im Civil-Proceß, Seite 32. u. f.

209) L. 14. §. 5. D. Qui et a quib. manum.

210) Um bei der bekannten Regel: Quilibet praesumitur bonus, aller Misdeutung gänzlich zu entgehen, darf man nur folgende Erklärung bemerken. Regula haec pertinet tantum ad quaestionem de alicuius facti dubii *commissione*; non vero ad facti *regulariter iniusti*, iustificationem; quasi circumstantiae ad iustificationem pertinentes sint praesumendae. Facta, quae *ut plurimum* mala sunt, bona

prae-

praesumi non possunt. Regula igitur tunc recte adplicatur, quando aliquis neque actum physicum neque moralem confitetur. Qui vero actum physicum legibus repugnantem negare non potest, de eo etiam praesumitur, quod moraliter contra leges peccaverit. *Ioh. Christ.* QVISTORP. Diss. *de Moderaminis inculpatae tutelae probatione*, Rostochii 1765. §. 1.

211) Beispiele davon findet man beim LEYSER Spec. 158. m. 4. u. 5.

§. 64.

Fortsetzung des vorigen.

Ueber den Misbrauch der Regel: **Wo der Grund des Gesetzes wegfällt, da kann auch die Verordnung desselben nicht eintreten**, habe ich bereits bei einer andern Gelegenheit 212), iedoch damals nur im Vorbeigehen, einige Anmerkungen gemacht. Hier ist es nötig, etwas ausführlicher davon zu handeln, weil gerade in denen Fällen, welche zu dieser Materie gehören, die Chikane am mehrsten Gelegenheit nimmt, unter dem Vorwand der gedachten Regel, manche in der That verbotene Handlungen als gerecht und gültig darzustellen. Denn eben darum, weil das Faktum an sich, und nach den Vorschriften des Naturrechts, nicht unerlaubt ist; wird man desto leichter der Versuchung ausgesezt, es auch bürgerlich erlaubt, und gültig zu glauben, so bald die Anwendung des positiven Verbots

Verbots nur mit irgend einem Scheine kann bestritten werden. Wenn man die wirklichen Handlungen der Menschen in concretis betrachtet: So kommen sehr oft Fälle vor, wo bei einzelnen Subiekten der Grund eines allgemeinen verbietenden Gesezes gänzlich wegfällt; und wo man doch sehr unrecht schliessen würde, wenn man darum die Verordnung nicht anwendlich halten wollte. Z. B. die Hazard-Spiele sind aus der Ursache verboten, damit das Vermögen der Untertanen nicht verschwendet, und der Staat am Ende mit Müssiggängern und Bettlern belästiget werde. Man setze nun: Es haben einige wirklich reiche Leute, denen ein Verlust von etlichen Dukaten nicht die mindeste Unbequemlichkeit verursachen kann, zu ihrer Erholung das verbotene Spiel mitgemacht. Sollten diese darum wol der gesezlichen Strafe entgehen können? Sicher nicht. Wenn hingegen die Geseze das Geschäft eines Minderiährigen, wozu der Vormund keine Einwilligung erteilet hat, aus dem Grunde für nichtig erklären, weil iunge Leute durch Ueberredung und Mangel an Einsicht leicht um das Ihrige kommen könnten: So siehet ein Jeder, daß dieser Grund in dem Falle cessire, da der Minderiährige zwar ohne Vormund, iedoch als Meister einer gewissen Kunst oder Handthierung einen Vertrag geschlossen; man erklärt daher den leztern ohne Bedenken für gültig, ob es gleich so ausgemacht noch nicht ist, daß bei aller Geschicklichkeit in einem besondern Gewerbe, dennoch

die iugendliche Flüchtigkeit nicht einen schädlichen Einfluß auf den Handel gehabt haben sollte. Vergeblich würde man aber ausser diesem Falle die Gültigkeit eines solchen Geschäftes aus dem Grunde behaupten, weil gerade der Minderiährige, mit dem man kontrahiret, bereits eine so gesezte Beurtheilungskraft, eine solche Kenntnis und Erfarung in Welthändeln erlangt hätte, daß er gar nicht mehr unter dieienigen zu rechnen, bei denen eine iugendliche Uebereilung statt findet. Der Kontrakt, welchen er ohne Zuziehung seines Vormundes getroffen, wird nichts desto weniger unverbindlich erkannt werden, obgleich immerhin der Grund des Gesetzes hier nicht statt finden mag. Worin liegt die Verschiedenheit? Will man hier allen Irtum vermeiden: So ist vor allen Dingen die Ursache, weshalb man in diesem oder ienem Falle den Grund des Gesetzes nicht anwendlich finden will, etwas näher zu untersuchen; und dann glaube ich den richtigen Gebrauch der obigen Regel auf folgende Grundsätze zurückführen zu können. 5) **Von der Anwendung eines allgemein verbietenden Gesetzes ist in einzelnen Fällen keine Ausnahme zu machen, wann das Unzutreffende des gesetzlichen Grundes nur aus individuellen und ausserordentlichen Eigenschaften eines gewissen Subiekts hergeleitet wird, das ist, wann nur gerade ein** oder anderes individuum dieienige Beschaffenheit nicht haben sollte, welche sonst gewöhnlich bei

Personen,

Personen, Sachen und Handlungen dieser Art einzutreten pflegt, und eben darum einen Bewegsgrund des Gesetzes ausmacht. Die Legislation kann nur aufs Ganze, nur auf den gewöhnlichen Gang der Dinge ihr Augenmerk richten 213), kann ihre Vorschriften nicht auf die Eigenheit eines ieden besondern Falles, sondern nur auf solche Verhältnisse und Folgen bauen, welche die Dinge gemeiniglich haben 214). Solchergestalt kann nun freilich unter dem allgemeinen Gegenstande des Gesezes manches Individuum vorkommen, wobei die Umstände, welche der Gesezgeber als gewöhnlich voraussezt, nicht zutreffen, die Folgen, welche gemeiniglich damit verknüpft sind, nicht zu befürchten stehen; allein darum ist nichts desto weniger nach der allgemeinen Vorschrift dabei zu verfahren 215), weil sonst der ganze Zweck der Gesezgebung sehr leicht vereitelt werden könnte. Denn ohne einmal der Schwierigkeiten zu gedenken, welche damit verknüpft sind, um es zur gänzlichen Gewisheit zu bringen, daß in dem dermaligen individuellen Verhältnisse wirklich eine gänzliche Ausnahme von der Regel, welche den Grund des Gesezes abgiebt, vorhanden sei 216): So erfordert es doch die Sicherheit des gemeinen Wesens, ia die ganze Absicht und das Ansehen der Legislation, daß einer allgemeinen Verordnung durchgängig nachgelebt, mithin auch eine willkührliche Handlung, welche schädliche Folgen haben kann, durchgängig unterlassen, nicht aber den Untertanen freigestellt

 werde,

werde, das Gesetz unbeobachtet zu lassen, wenn nach ihrer, oft irrigen Meinung, die Sache unter den damaligen Umständen nicht für nachteilig zu achten 217). 6) Wenn hingegen die Ursache, warum der Grund einer allgemeinen Verordnung cessiren soll, nicht aus blossen individuellen und ausserordentlichen Eigenschaften eines gewissen Subiekts hergenommen wird, sondern wann in einem ganzen Inbegriff mehrerer ähnlicher Fälle und Verhältnisse schon durch die Natur der Sache, oder die Vorschrift besonderer Gesetze solche Bestimmungen eintreten, wornach gerade das Gegenteil von dem zur Regel wird, was den Beweggrund einer allgemeinen Verordnung ausmacht: So kann mit Recht von dem fehlenden Grunde des Gesetzes auf die Unanwendlichkeit desselben geschlossen werden. Hat nemlich der Gesetzgeber nicht ausdrücklich vorgeschrieben, daß seine Verordnung nichts desto weniger auf dergleichen Fälle ebenfalls angewendet werden sollte: So muß man billig annehmen, daß er in Ansehung ihrer es bei dem bewenden lassen wolle, was die Natur der Sache und besondere Gesetze darüber bestimmen, und zwar um so mehr, weil gemeiniglich in Fällen dieser Art die Legislation mit sich selbst in Widerspruch geraten würde, wenn man ihre Vorschriften anders erklären wollte 218). So zum Beispiele verbieten die Gesetze, an rückständigen

ständigen Zinsen ein Mehreres, als die Summe des Kapitals beträgt, zu nehmen, damit der Gläubiger desto mehr bewogen werden soll, bei Zeiten auf den Abtrag der Zinsen zu dringen, und in der Folge ein angeschwollener Rest den Schuldener nicht zu sehr drücken möge. Dieser Grund fällt weg, wenn der Gläubiger zu beweisen im Stande ist, daß er seiner Seits alle Sorgfalt angewendet habe, um die Zinsen zur rechten Zeit zu erhalten, solche aber gleichwol ohne sein Verschulden durch ungebührliche Zögerung des Schuldeners angeschwollen. Wollte man nun dem ungeachtet das Verbot der Zinsen, welche das Kapital übersteigen, auf diesen Fall mit extendiren: So würde man eine offenbare Ungerechtigkeit begehen. Denn der Gläubiger hat auf seiner Seite der Absicht des Gesetzgebers genügt, die Ursache, warum der Zinsen-Rückstand über die Summe des Kapitals hinausgeht, liegt lediglich und allein in der mora des Schuldeners. Da nun diese nach bekannten Vorschriften der Gesetze und des Rechts, ihrem Urheber in keine Wege zum Vorteile gereichen soll 219): So ändert sich hier die Sache dergestalt, daß unter diesen Umständen die sogenannten usurae ultra alterum tantum allerdings für rechtmässig zu achten 220). In den mehresten Fällen wird man vermittelst dieser beiden Grundsätze einer unschicklichen Anwendung der obigen Regel sehr leicht entgehen können. Man kann aber, um die Sache von allen Seiten zu berichtigen, fol-

gendes annoch hinzufügen. 7) Wenn die Gesetze eine Handlung, die an sich und nach dem Naturrechte nicht unerlaubt ist, verbieten, und solche ungültig erklären: So geschiehet es gemeiniglich darum, weil sie leicht üble Folgen nach sich ziehen kann, weil sie gemißbraucht werden kann; nicht aber allein nur in so ferne wirklich üble Folgen damit verknüpft sind, die Handlung wirklich gemißbraucht worden. Es ist daher vergeblich, wenn man, um dem Gesetze auszuweichen, beweisen will, der gegenwärtige Vorgang hätte keine nachteilige Folgen zuwege gebracht, z. B. wenn reiche Leute Pharao gespielt haben; — er sei nicht gemisbraucht worden; z. B. eine Frau hätte mit völliger Freiheit und Ueberlegung, ohne dazu beredet zu sein, sich verbürget. Die Absicht der Gesetzgebung geht unstreitig dahin, Mißbräuche, die entstehen können, zu verhüten, und eben darum ist es besser, daß eine Handlung, welche dergleichen leicht befürchten läßt, durchgängig nachbleibe, als daß die Gesetze dann erst, wenn der Vorgang wirklich Schaden angerichtet hat, ihren Beistand versprechen 221). Gesezt nun auch, daß nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, die Fälle, da die Handlung wirklich nachteilige Folgen hat, oder gemisbraucht wird, seltner sind, als das Gegenteil: So erfordert es doch oft das gemeine Beste, daß auch zu solchen, wenn gleich nicht ganz gewöhnlichen Fällen, die

Ge-

Gelegenheit durch ein allgemeines Verbot verhütet werde 222). Unrecht ist es daher, wenn man dasienige, was der Gesetzgeber zum Grunde seiner Verordnung anführet, nur als eine besondere Bestimmung (differentia et determinatio specifica) derer Fälle, worauf sich das Verbot nur beschränken soll, betrachtet, und dadurch den Uebertreter des Gesetzes veranlasset, wol gar einen Beweis zu fordern, daß bei seiner Handlung iene besondere Bestimmung wirklich zutreffe. So z. B. ist in Mecklenburg den Landbegüterten die Niederlegung ganzer Dörfer und Bauerschaften verboten, weil daraus leicht Verarmung und Verminderung der Untertanen entstehen kann 223). Aus der Fassung der Worte, womit dieser Grund in dem Gesetze selbst ausgedruckt worden, hat man aber Gelegenheit genommen, gerade die eben erwehnte Auslegung davon zu machen. Nachdem nämlich die Verlegung und Niederlegung einzelner Bauren und Hüfner dem Gutsherrn freigelassen, so lauten die Worte in Ansehung ganzer Dörfer also: So viel aber die gänzliche Niederlegung der Dörfer und Bauerschaften betrift: **aus welcher Verarmung und Verminderung der Unterthanen entstehet;** So soll solche eigenmächtige Niederlegung eines Dorfs, an sich in der Regel gänzlich verboten, hingegen ein ieder Eigenthums-Herr schuldig sein, solches sein Vorhaben iedesmal zuerst dem engern Ausschuß anzuzeigen, welcher

welcher sodann an Uns davon seinen gutachtlichen Bericht abstattet, damit wir darauf wegen einer solchen, bei einem Gute vorgehenden, in das allgemeine Beste einschlagenden Haupt-Veränderung, die Nothdurft weiter Landesfürstlich verfügen können. Hier, sagt man, ist die eigenmächtige Niederlegung ganzer Dörfer nicht durchgängig und überhaupt, sondern nur die besondere Species, aus welcher Verarmung und Verminderung der Untertanen entstehet, verboten. Wenn also der Gutsherr ein ganzes Dorf niedergelegt hat, ohne solches vorher der Behörde anzuzeigen und die Landesfürstliche Bestimmung zu erwarten: So hat er darum die den Uebertretern des Landesvergleichs überhaupt bestimmte Strafe noch nicht sogleich verwirkt; sondern es muß erst bewiesen werden, daß mit seiner Unternehmung wirklich eine Verminderung und Verarmung der Untertanen verknüpft sei. Diese Erklärung scheint aber dem wahren Sinn des Gesetzes, welcher aus dem ganzen Zusammenhange klar hervorleuchtet, entgegen zu sein. Denn da die Worte des Gesetzes ausdrücklich bestimmen, daß die eigenmächtige Niederlegung eines Dorfs in der Regel gänzlich verboten, hingegen ein ieder Eigentumsherr schuldig sein soll, solches sein Vorhaben iedesmal zuerst dem Engern Ausschuß anzuzeigen: So folgt hieraus offenbar, daß kein Eigentumsherr befugt sei, ohne solche vorherige Anzeige

und darauf erfolgten landesfürstlichen Consens, die Niederlegung eines ganzen Dorfs vorzunehmen; auch selbst in dem Falle nicht, wenn nach Beschaffenheit der Umstände wirklich keine Verminderung oder Verarmung der Untertanen damit verknüpft ist. Denn ob dieses sei, oder nicht, ist eine Sache, die dem alleinigen Ermessen des Gutsherrn unmöglich überlassen werden kann, sondern lediglich von der Bestimmung des Landesherrn abhängt. Man siehet hieraus, wie sehr die Worte: **Aus welcher Verarmung und Verminderung der Untertanen entstehet**, gemisdeutet werden. Sie enthalten offenbar nichts anders, als den **Grund**, warum Niemand die Handlung eigenmächtig unternehmen soll; und wäre nur blos eine specielle Determination darunter zu verstehen, folglich die ganze Stelle nur allein auf den Fall einzuschränken, da die Niederlegung eines Dorfs wirklich Verminderung oder Verarmung der Untertanen nach sich ziehet: So würde die ganze Vorschrift, welche am Ende dahin gehet, daß der Eigentumsherr sein Vorhaben dem Engern Ausschuß anzeigen, und auf des leztern gutachtlichen Bericht, die landesherrliche Verfügung erwartet werden soll, in der That etwas ungereimtes enthalten.

212) Meine Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts. Seite 64. u. f.

213) L. 5. D. de Legibus. *Ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter, et facile, quam quae perraro eueniunt.*

214) L. 4. D. eod. *Ex his, quae forte vno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur.*

215) L. 8. D. eod. *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur. Christ.* THOMASIVS Diss. *de legitima viventis.* Cap 3. §. 4. Magna vis est regulae: cessante ratione legis, cessare etiam dispositionem. Sed hoc ita intelligendum, si ratio in multis casibus similibus cesset, non, si cesset saltem in vno vel altero indiuiduo. Leges volunt, minores habere restitutionem in integrum *ob imbecillitatem iudicii*; Est vero minor, cui ante pilos sapientia venit, huic tamen iudex restitutionem non denegabit.

216) z. B. ob der Minderiährige wirklich die Einsicht und Kenntniß besitze, welche ihm beigelegt wird?

217) z. B. die Kleiderordnungen sind darum eingeführt, damit Niemand durch übermässigen Pracht sein Vermögen verschwende. Der Handwerker ist oft reicher als der Edelmann; und gleichwohl darf der ärmste Kavalier sich besser kleiden, als der Bürger, obgleich der letztere es besser bezalen kann, als iener. Das Verbot, nicht mit brennender Tobackspfeiffe an öffentlichen Oertern, in Ställen, Scheunen und Waldungen zu gehen, ist zur gemeinen Sicherheit höchstnotwendig. Wer also diese Handlung unternimmt, dem wird die Ausflucht, daß er mit aller nötigen Vorsicht zu Werke gegangen, und unmöglich Schaden dadurch verursacht werden können, in keine Wege zu statten kommen, weil dergleichen angebliche Vorsorge viel zu unsicher und schwankend ist, als daß der Staat bei einer gefährlichen Handlung es darauf ankom-

ankommen lassen und sich dabei völlig beruhigen könnte.

218) Dies ist nun der Fall mit dem Minderiährigen, welcher als Meister einer gewissen Kunst gehandelt hat. Hier fällt der Grund des Gesetzes weg, allein nicht, weil man vorgiebt, daß gerade dieser minor von der iugendlichen Flüchtigkeit eine Ausnahme mache, sondern weil der Handel sich auf ein bürgerliches Verhältnis beziehet, wobei eine ganz andere Regel eintritt, als dieienige, worauf die sonstigen allgemeinen Gesetze von Geschäften solcher Personen sich gründen. Darf der Minderiährige eine gewisse Kunst, eine gewisse Handthierung öffentlich treiben; so würde sich die Legislation widersprechen, wenn sie ihm auf der andern Seite in Ansehung eines solchen Gewerbes die erforderliche Einsicht und Kenntniß nicht zueignen wollte. Durch ausdrückliche Gesetze ist es inzwischen nicht bestimmt, daß in Fällen dieser Art die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht statt finden sollte; wenn gleich einige aus L. 6. C. *de muneribus patrim.* L. 1. C. *de his qui ven. aet.* L. 3. C. *si minor se maiorem*; solches herleiten wollen; denn wer diese Stellen mit Aufmerksamkeit lieset, der wird sich nicht davon überzeugen können; weshalb auch LAUTERBACH de iure in curia mercatorum usitato §. 46. die ganze Lehre in puncto iuris, wie er sich ausdruckt, für unrichtig hält, und solche nur als ein Gewohnheits-Recht gelten lassen will, zu welcher Quelle mit ihm auch andere Rechtslehrer in diesem Stücke ihre Zuflucht nehmen. MEVIUS *ad ius Lubec.* P. 3. Tit. 6. Art. 21. n. 26. STRACCHA *de Mercatura* p. 3. n. 26. LEYSER Spec. 60. Med. 6. 7. 8. sind einstimmig dafür, es sei nur durch die Praxis eingeführet, daß der Minderiährige, wenn er

er als Kaufmann oder Künstler gehandelt, sich der Restitution nicht zu erfreuen habe. Ich glaube aber, daß es weder nöthig, noch zuträglich sei, zur Bestärkung solcher Wahrheiten, welche durch vernünftige Auslegung geschriebener Geseze, und Analogie des Rechts erweislich sind, ein misliches Gewohnheits-Recht herbeizurufen. Denn, was aus ienen sichern Quellen hergeleitet werden kann, bedarf des leztern gar nicht. Man ist überdem in den mehrsten Fällen gleich in das Gewebe des Widerspruchs verwickelt, wenn man sich blos auf Gewohnheiten und Observanzen berufet. Sie sind schwankend und veränderlich, meistens schwer zu beweisen, wenn man die Rechtslehrer nicht als unverwerfliche Zeugen davon gelten lassen will. Eine Erfarung, welche sich selbst in der gegenwärtigen Materie sogleich bestätiget. Denn die angeführten Rechtsgelehrten getrauen sich schon nicht, das wirkliche Dasein der gedachten Gewohnheit im allgemeinen, sondern nur in Ansehung der minderiährigen Kaufleute zu behaupten. Und hierauf fangen sie allererst an, ex ratione iuris weiter zu argumentiren, wie es die Stelle ergiebt, welche LEYSER am angezeigten Orte aus einem Gutachten seiner Fakultät anführt: „Nun mag zwar „**nach eingeführter Gewohnheit** ein minder„iähriger Kaufmann in Sachen, so die Kauf„mannschaft angehen, wider einen getroffenen „Handel keineswegs restitutionem in integrum „suchen, welches ex identitate rationis nicht „unbillig auf die Handwerksleute in denen ihr „Handwerk betreffenden Handlungen erstreckt „wird.“ — Man kann die ganze Sache weit kürzer fassen, und wird sie gewis ungleich genauer treffen, wenn man sie lediglich nur auf folgenden ungezweifelten Grundsatz zurück führet: Was die Geseze von den Rechtsgeschäften

der Minderiährigen aus der Ursache verordnen, weil sie einen Mangel an gesetzter Ueberlegung und gehöriger Kenntniß bei ihnen voraussetzen, das kann unmöglich auf dieienigen Verhältnisse angewendet werden, in welchen der Staat selbst den Minderiährigen für einen Meister einer gewissen Kunst, eines gewissen Gewerbes oder Handthierung öffentlich passiren läßt —. Hieraus folgt nun a), daß dieses nicht allein von Kaufleuten, sondern von allen übrigen Künsten und Gewerben gelten müsse. Z. B. Wenn ein Minderiähriger die Doctorwürde erhalten, oder als Advocat und Procurator bei einem Gerichte angenommen worden; von welchem VOET *Comment.* ad Pand. Lib. IV. Tit. IV. §. 50. mit Recht behauptet: Si in iure errans laesionem subierit, ad aetatis auxilium non facile admittendus est, quum professio iuris peritiae discrepet prorsus, immo contraria sit fundamento restitutionis ob errorem iuris implorandae. Hierüber ist auch noch zu lesen VINNIUS select. Quaest. Lib. 1. c. 13. b) Daß es nur von denen Minderiährigen zu verstehen sei, welche öffentlich dazu autorisiret worden, eine gewisse Kunst oder Profession im Staate treiben zu dürfen. HELLFELD iurisprud. forens. §. 449. in den Worten: *receptus in numerum artificum.* Weshalb LEYSER am angeführten Orte ausdrücklich hinzufügt: non tamen hoc ius pertinet ad eos, qui subinde quidem negotiantur, in album tamen mercatorum relati non sunt. Aus den von uns angeführten Gründen folgt alles dieses von selbst. Hat man hingegen keinen andern Grund, als die Praxis und das Gewohnheits-Recht: So bleibt die Sache schwankend und ungewis.

219) L. 173. §. 2. D. de reg. iur. Vnicuique sua mora nocet. L. 134. §. 1. D. eod. L. 37. D. Mandati.

220) PVFENDORF Obſerv. iur. vniu. Tom. I. Obſ. 14. §. 6. in den Worten: Quodſi igitur in ſoluenda ſorte adeo moroſus debitor ſit, vt creditor fruſtra quouis modo ſuum citius recipere tentauerit, adeo vt nec iudicati effectum conſequi potuerit, nihilque adſit, quod in ea re creditori imputetur, exiſtimo legibus quoque romanis conueniens eſſe, vt vſurae vltra alterum tantum praeſtentur. **Struben** rechtl. Bed. Theil I. Num. 133. MEVIVS P. 7. D. 4. **Quiſtorp im erſten Stück der Beiträge zur Erläuterung verſchiedener Rechtsmaterien** Seite 158. Das Gegenteil behauptet LEYSER Spec. 248. Med. 4. 5. 6. iedoch ohne auf den wahren Grund, warum die Zinſen, welche das Kapital überſteigen, verboten ſind, irgend eine Rückſicht zu nehmen —. Ob übrigens der Gläubiger die fälligen Zinſen mittelſt einer gerichtlichen Klage urgiret haben müſſe, um den ganzen Rückſtand fordern zu können, oder ob es hinreichend ſei, wenn er den Schuldener nur auſſergerichtlich gemahnet hat? darüber ſind die Meinungen der Juriſten noch ſehr geteilet. LAVTERBACH *Colleg. Theor. Pract.* Tit. de vſuris §. 26. und andere mit ihm halten das leztere dafür. Da aber die wahre Abſicht des Geſetzes unſtreitig dahin gehet, daß der Gläubiger **allen möglichen Bedacht nehmen ſoll**, die Zinſen nicht übermäſſig anſchwellen zu laſſen: So ſiehet man wol, daß das auſſergerichtliche Mahnen dazu allein nicht hinreiche, folglich, weil der Grund des Geſetzes dadurch nicht aufhörend wird, auch die Verordnung deſſelben allerdings fortdauren müſſe. BERGER *reſolut. LL. obſtant. Tit. de vſur. Quaeſt. 1.* TABOR *de altero tanto* p. 4. Art. 6. und MEVIVS P. II. Dec. 4. behaupten daher mit Recht, daß eine gerichtliche Interpellation durchaus notwendig ſei.

221) VOET. Tit. de Legib. §. 5. Quamuis verbi gratia plerisque in feminis laudandam inueniamus sexus verecundiam, ac filios familias plerosque non malis deprehendamus imbutos moribus, sed a luxu ac insidiis parenti struendis quam alienissimos, quia tamen ex vnius Carfaniae inuerecunde postulantis, ac iudices inquietantis, facto, et ex pessimis vnius Macedonis improbi foeneratoris, paucorumque filiorum familias luxuriae deditorum indole corrupta disci poterat, in reliquas idem *posse* cadere inuerecundiae vitium, et filiis familias ac foeneratoribus omnibus easdem *posse* sceleris causas a natura deprauata subministrari, interdictum merito, ne pro alio mulier postulet, neue mutuum accipiat filius familias; sic, vt in hisce aliisue huius generis legibus non vigeat axioma vulgatum: cessante ratione legis effectum quoque cessare. Ich kann dahero denen nicht beipflichten, welche dafür halten, daß lex commissoria bei Verpfändungen nur in so ferne verboten sei, als wirklich ein unerlaubter Wucher dadurch begangen wird; indem die Gesetze den erwehnten Vertrag in seinem ganzen Umfange überhaupt verbieten, weil er sehr leicht zum Vortheile eines gewinnsüchtigen Gläubigers und zum Schaden des in Verlegenheit sich findenden Schuldeners gemisbraucht werden kann. Sollte inzwischen aus dem ganzen Inhalte eines Gesetzes deutlich erhellen, daß nur der wirkliche Mißbrauch einer sonst natürlicherlaubten Handlung verworfen sei: So würde es nicht weniger ungerecht sein, wenn man darum die ganze Handlung durchgängig als verboten und ungültig ansehen wollte. Dieienigen, welche behaupten, daß der Arzt von dem Kranken, dessen Heilung er zu besorgen hat, nichts kaufen dürfe, machen sich offenbar dieser unschicklichen Auslegung schuldig.

dig. L. 3. D. de extraord. cognit., woraus man solches gewöhnlich herleiten will, verbeut den Kauf keinesweges überhaupt; sondern erklärt ihn nur in dem Falle, für ungültig, wenn der gewinnsüchtige Arzt den Kranken auf einer ungebührlichen Art dazu vermocht hätte; Si Medicus, so lauten die eigenen Worte, cui curandos suos oculos, qui eis laborabat, commiserat, periculum amittendorum eorum per adversa medicamenta inferendo, *compulit*, vt ei possessiones suas contra fidem bonam aeger venderet: inciuile factum praeses prouinciae coerceat, remque restitui iubeat. Wer siehet nicht, daß der Kauf hier keinesweges durchgängig verboten sei, sondern die Lehre **Ulpians** sich blos auf den besondern Fall, welchen er voraussetzt, beschränke. Noluit, fügt LEYSER Spec. 189. M. 8. hinzu, Vlpianus in ista Lege 3. ius generale facere, verum tantum improbitatem, eius, de quo agit, Medici coercere; Es liegt also demienigen, der einen solchen Kauf anfechten will, der Beweis ob, daß der Arzt die Einwilligung des Kranken durch unlautere Mittel bewirkt habe, worüber iedoch Leyser a. a. O. weiter nachzulesen.

222) VOET l. c. Necessitas pariter ac vtilitas publica saepe exigit, ob crimen vitiumque in *paucos* forte cadens, legem in omnes promiscue sanciri. Quod si cui durum atque absurdum videatur, aequali iure cum improbis censeri bonos; cogitet, longe fore absurdius, impunita per leges esse maleficia, aut quibusdam lubrico aetatis luxuque res suas perire, quae tamen euenirent, si non in omnes lex lata esset. Argum. L. 51. §. 2. D. ad L. Aquil.

223) Der Mecklenburgische Landesgrundgesetzliche Erbvergleich §. 336. Die bisherige Reflexionen

über

über Erklärung und Anwendung der bürgerlichen Gesetze, werden hoffentlich dem geneigten Leser nicht misfällig sein. Nicht alle Gesetze sind so beschaffen, wie uns **Justinian** zeigt, daß sie sein sollten, leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, vt vniuersi praescripto earum manifestius cognito inhibita declinent, et permissa sectentur. L. 9. C. d. L. L. — — — — Desto schlimmer ist es, wenn selbst dieienigen, denen die Handhabung der Gerechtigkeit anvertrauet ist, so häufig den wahren Sinn der Gesetze verfehlen. Wir haben es daher um so nötiger gefunden, die verschiedenen Mißbräuche, wovon die tägliche Erfarung einem ieden, der die Operationen der Justiz in der Nähe zu betrachten Gelegenheit hat, Beispiele liefert, nicht ungerügt zu lassen.

§. 65.

Klassifikation der einzelnen hieher gehörenden Fälle. Erste Klasse.

Nach dieser Voraussetzung wenden wir uns nunmehro zur nähern Betrachtung der einzeln hieher gehörenden Fälle selbst. Wir würden aber hiebei die Gränzen dieser Schrift ungebürlich überschreiten, wenn wir ieden besondern Gegenstand in seinem ganzen Umfang vollständig erörtern, und alles, was in Rücksicht desselben Rechtens ist, pünktlich vortragen wollten. Dies mögen die Lehrbücher und einzelne Abhandlungen ergänzen. Unser Zweck erfordert nur, die Sache über-

überhaupt auf allgemeine Regeln und Grundsätze zurückzuführen, einen richtigen Plan zur Uebersicht des Ganzen vorzuzeichnen, und eben dadurch den Mängeln abzuhelfen, welche in dieser Hinsicht dem Systeme des Civil-Rechts noch anzukleben scheinen. Da die Gründe, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber bewogen wird, eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung zu verbieten, und ungültig zu erklären, mancherlei sind, und eben daher das Resultat nicht immer eben dasselbe ist: So läßt sich hieraus am schiklichsten eine Klassifikation der einzelnen Fälle formiren. Der Grund des bürgerlichen Verbots ist entweder aus der Handlung an sich, ohne Rücksicht auf die Person der Kontrahenten, oder aus dem persönlichen Verhältnisse derselben herzuleiten; da denn im leztern Falle, einige Personen zu ihrem eigenen Besten von allen oder einigen rechtlichen Handlungen ausgeschlossen sind, andere hingegen nicht sowol aus dieser Ursache, sondern weil es ausserdem die gemeine Wohlfahrt erfordert, ihnen die Eingehung gewisser Rechtsgeschäfte nicht zu gestatten. Hieraus ergiebt sich, daß alle einzelne Fälle, welche hieher gehören, füglich in drei Klassen rangirt werden können. Die Erste davon begreift diejenigen Fälle in sich, wo die Handlung nicht blos gewissen Personen, sondern allgemein verboten ist, weil die uneingeschränkte Freiheit, sie zu unternehmen, mit nachtheiligen Folgen für den Staat verknüpft sein kann. Hieher gehören: 1) Die sogenannten

Glücks-

Glücks- oder Hazard-Spiele 224), auch die künstlichen Spiele, ludi artis, in so ferne zu hoch gespielt worden 225). 2) Der unerlaubte Wucher, usuraria pravitas 226). 3) Der commissorische Vertrag bei Verpfändungen 227). 4) Der Vergleich, wodurch künftigen Alimenten, ohne richterlichen Consens, entsagt wird 228). 5) Die Verabredung, daß statt der auf einen Proceß vorgeschossenen Kosten und gesetzmässigen Zinsen davon, ein Theil des gewonnenen Vermögens gezahlt werden soll 229). 6) Der Ankauf noch nicht eingeerndter Früchte, für eine geringere Summe, als der Marktgängige Preis nach erfolgtem Einschnitte mit sich bringet 230). 7) Die Schenkung über 500 Soliden ohne gerichtliche Insinuation 231).

224) L. 3. C. de Aleatoribus in den Worten: Commodis subiectorum prospicientes hac generali lege decernimus ut nulli liceat, in publicis vel privatis domibus vel locis ludere; et si contra factum fuerit, nulla sequatur condemnatio sed solutum reddatur, et competentibus actionibus repetatur, ab his, qui dederint, vel eorum heredibus, aut his negligentibus a patre aut defensoribus illius civitatis, vel recipiat fiscus non obstante nisi quinquaginta annorum praescriptione. Ob diese Verordnung noch heutiges Tages anwendlich sei, darüber sind die Rechtsgelehrten sich nicht einig. Schoepfer sagt: Supposito fundamento, ludos hodie a principe tolerari et adprobari, sequitur validam quoque actionem hodie inde concedi; hinc quoque videmus, in plerisque aulis perdita lusu peti et adiudicari. Synops.

 Pand.

Pand. Lib. XI. Tit. V. n. 19. und BEYER in Delineat. D. Lib. XI. Tit. V. drückt sich darüber so aus: Ludunt principes cum nobilibus et aulicis, ludunt magistratus cum subditis, hos certe chartis et taxillis ludere sciunt; sciunt chartas et tabulas lusorias publice vendi, sciunt opifices iisdem conficiendis incumbere, iisque privilegia monopolii concedunt, unde patet ludos fortunae hodie non prohibitos esse." Allein genauer erwogen, behält doch immer die entgegen stehende Meinung ein weit stärkeres Gewicht. Denn obgleich an Höfen und in Beisein der Fürsten und Magistrats-Personen gespielet wird: So ist es doch nichts seltenes, daß manche Dinge im gemeinen Leben ganz anders, als in Gerichten beurteilet werden. Hier sind Gesetze, nicht aber das Beispiel der Grossen die Richtschnur, wonach die Obrigkeit verfahren muß. Man frägt nicht, was geschiehet, sondern was geschehen sollte. Besser wäre es freilich, wenn diejenigen, welche über die Beobachtung der Gesetze wachen sollen, nicht selbst durch ihr eigenes Beispiel und durch Duldung öffentlicher Unordnungen den Nachdruck und das Ansehen der Gesetze minderten. Allein das alles kann und darf doch den Richter nicht abhalten, so bald dergleichen Fälle zu seiner Beurteilung kommen, genau nach den Gesetzen, deren Diener er ist, zu verfahren; zumal, da wol Niemand behaupten wird, daß der Grund, warum die Spiele dem römischen Gesetzgeber so verhaßt waren, heutiges Tages wegfallen sollte. Die Spielsucht ist und bleibt eine Sache, welche viel Unheil nach sich ziehet, und von der man noch immer mit Justinian sagen kann: pro tempore abiit in lacrymas. Saepe enim ludentes proprias substantias perdiderunt, die noctuque ludendo. Consequenter autem ex hac inordinatione blasphemare Deum conantur. L. 3. C. de Aleator. 225)

225) Cit. L. 3. C. de Aleatoribus in den Worten: Sed nec permittimus in his ultra unum solidum ludere, si multum diues sit, ut si quem vinci contigerit, casum gravem non sustineat. Von welcher Verordnung **Struben** in seinen rechtlichen Bedenken Th. 4. Num. 131. auf das Billiard-Spiel die Anwendung macht. Siehe auch SCHILTER Exerc. 21. §. 21. Mit den Glücksspielen haben zwar die Wetten viel ähnliches. Gleichwol ist der Schlus vom Verbot der erstern, auf die Ungültigkeit der leztern, wozu einige Rechtslehrer z. B. STRYK us. mod. XI. 5. 21. und VOET comm. ad Pand. ibid. n. 8. durch die L. 3. D. de aleator. sind verleitet worden, sehr unrichtig. **Leyser** hat mittelst richtiger Erklärung dieses Gesetzes ienen Irrtum widerlegt. Spec. 127. med. I. sequ. Ueberhaupt aber ist die Lehre von den Wetten, und deren Rechtsverbindlichkeit treflich erläutert, in den Beiträgen zur iuristischen Litteratur in den preussischen Staaten, 2te Sammlung. p. 70. sequ.

226) Obgleich die Frage: wie viel Zinsen man nehmen dürfe, nach römischen Rechten in Rücksicht auf den Stand des Gläubigers verschiedentlich zu beantworten ist: L. 26. §. 1. C. d. usur. WESTENBERG princ. iur. Lib. 22. Tit. 1. §. 20. 21. So kömmt es doch vermöge der teutschen Reichsgesetze auf diesen Unterschied gar nicht weiter an. R. A. v. J. 1654. §. 174. Hieher gehöret auch besonders die Verordnung der Reichsgesetze, daß derienige, welcher einen jährlichen Gült von einem Grundstücke kauft, für eine Rente von 5 Gulden, wenigstens ein Kapital von 100 fl. bezalen soll. R. P. O. 1548. tit. 17. §. 1. de SELCHOW elementa iuris germanici §. 592. und 93. Zur nähern Erläuterung der Lehre

P 3 von

von unerlaubten Wucher dienen folgende Schriften: *Henr. Io. Petr.* WEIDNERI Diss. *de pravitate usuraria*, Rostochii 1726. *Tob. Iac.* REINHARDT Diss. *de usuraria pravitate tam vera et palliata, quam putativa sive imaginaria*, Erford. 1727. Herr Tribunals-Assessor **Quistorp** in seinen Beiträgen zur **Erläuterung verschiedener Rechts-Materien**, 2. Stück. Seite 142. **Joh. Gottl. von Meiern Gedanken über die Rechtmässigkeit des 6ten Zinstalers**, Hannover 1732. **Joh. Gottl. Langsdorf von den** *usuris ultra alterum tantum* **und deren Rechtmässigkeit im teutschen Reich**. Mannheim 1778.

227) L. ult. C. de pact. pign. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam, et in posterum omnem eius memoriam aboleri; si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt. *Ioh. Guil. van* MVSCHENBROECK Diss. de Lege commissoria in pignore, Lugd. Batav. 1752. beim **Oelrichs** in nov. thes. Diss. Vol. I. T. 2. p. 635. **Meine Erläuterung der Frage: Wie weit erstreckt sich eigentlich bei Verpfändungen das Verbot der sogenannten** *Legis commissoriae?* Kiel 1784.

228) *L. 8. C. de transact.* De alimentis praeteritis, si quaestio deferatur, transigi potest, de futuris autem sine Praetore siue Praeside interposita transactio nulla auctoritate iuris censetur. *L. 8. pr. D. eod.* Quum hi, quibus alimenta relicta erant, facile transigerent, contenti

tenti modico praesenti; Diuus Marcus Oratione in senatu habita effecit etc. *Ne aliter* alimentorum transactio rata esset, quam auctore Praetore facta. Solet igitur Praetor intervenire, et inter consentientes arbitrari an transactio, vel quae admitti debeat. *Nic. Hieron.* GVNDLING *de Transact. stabilitate et instabilitate*, Halae 1719. Viele halten auch dafür, daß Streitigkeiten über ein Testament nicht gültig und verbindlich verglichen werden können, woferne nicht zuvor das Testament vorgelegt und von den Parteien gelesen worden. Die Worte des **Caius** in L. 6. D. de transact. De his controversiis, quae ex testamento proficiscuntur, neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti; haben dazu Gelegenheit gegeben. Daß aber diese Stelle keine eigentliche gesezliche Vorschrift (verba dispositiva) enthalte, und folglich die ganze Behauptung, welche daher abgeleitet wird, irrig sei, ergiebt sich aus der L. I. D. Quemadm. testam. aper., wo man die erwähnten Worte des **Caius** in ihrem ganzen Zusammenhange antrift. Ausführlich handeln hievon ECKHARD hermeneut. iur. Lib. I. Cap. V. §. 172. und 73. und daselbst der Herr Geheime Justiz-Rath **Walch** in den Noten.

229) L. 53. D. de pactis. Sumtus quidem prorogare litiganti honestum est; pacisci autem, ut non quantitas eo nomine expensa cum usuris licitis, restituatur, sed pars dimidia eius, quod ex ea lite datum erit, non licet. Ueber dieses Verbot, welches L. 9. §. 2. D. de off. Proc. und L. 5. C. de Postul. besonders auf die Sachwalter angewendet, enthält **der Versuch eines Auszugs der römischen Gesetze**, Breslau 1783. Seite 107. in der 10ten Anmer-

kung ein gutes Raisonnement. *Petr.* MÜLLER de Redemtore litis, Jenae 1687. *Cornel.* VAN ECK *de quota litis.* *F. A.* KUNHOLD de palmario advocatorum promisso, Lips. 1725. LAUTERBACH de Palmario, Tubing. 1671. *Ioach. Georg* DARIES de pacto de quota litis invalido, Francof. 1770. *I. H.* BOEHMER *Respons.* Tom. II. P. I. pag. 169. **Struben im Ersten Theile der rechtlichen Bedenken, Num.** 104.

230) R. P. O. v. J. 1548. Tit. 17. §. 1. HEINECCIUS de venditione illicita fructuum in herbis, Halae 1738. in Op. T. II. p. 275.

231) L. 27. C de donat. Data iam pridem lege statuimus, ut donationes interveniente actorum testificatione conficiantur, quod vel maxime inter necessarias coniunctasque personas convenit custodiri. Siquidem clandestinis ac domesticis fraudibus facile quiduis pro negotii opportunitate confingi potest, vel id, quod vere gestum est, aboleri. Der Kaiser Justinian schränkte diese allgemeine Verordnung anfangs auf dieienigen Schenkungen ein, welche über 300 Soliden hinausgingen, L. 34. C. eod.; und endlich sezte er die Summe von 500 Soliden fest. L. 36. §. ult. C. eod. Caeteris etiam donationibus, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatae sine aliqua distinctione usque ad quingentos solidos valituris. Es ist aber unter den Gelehrten noch nicht ausgemacht, ob die wahre Absicht dieses Verbots nur dahin gehe, damit die Untertanen sich durch übermässige Schenkungen nicht ruiniren sollen, oder damit der ernstliche und freie Wille des Schenkers ausser Zweifel gesezt werde. Die mehrsten glauben das erstere; CLAPROTH *iurispr.* extraiud. §. 196. hingegen scheint das leztere dem

Inhalte

Inhalte der angeführten L. 24. C. de donat. angemessener zu sein. Herr Tribunals-Rath **Hoepfner** im theoretisch praktischen Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 413. Man sieht sehr leicht, daß in Ansehung der richterlichen Untersuchung und Bestätigung erhebliche Folgen davon abhängen, ob man das Eine oder das Andere zum Grunde legt.

§. 66.

Fortsetzung des vorigen; zweite Klasse.

Zur zweiten Klasse, wo gewissen Personen die Befugniß, rechtliche Handlungen einzugehen, zu ihrem eigenen Besten bald gänzlich, bald nur in Rüksicht auf einige Rechtsgeschäfte genommen wird, weil die Geseze annehmen, daß ihnen die gehörige Einsicht, Ueberlegung und Freiheit des Willens abgehen, oder sie doch wenigstens der Uebereilung, und ungebührlicher Verleitung vorzüglich ausgesezt sind, gehören 8) die Geschäfte der Unmündigen und Minderiährigen 232), imgleichen 9) solcher Personen, welche gerichtlich für Verschwender declarirt sind, ohne Einwilligung der Vormünder 233); 10) die Bürgschaft und sonstige Intercessionen der Frauenspersonen 234); ja 11) nach verschiedenen provinzial Gesetzen, und statutarischen Rechten alle Rechtsgeschäfte der Weiber, ohne Zuziehung des ihnen beigeordneten Kurators 235 a), 12) die Schenkung unter Eheleuten 235 b).

232) L. 189. D. de reg. iur. pupillos nec velle, nec nolle in ea aetate, nisi adposita tutoris auctoritate creditur. §. 1. 2. J. Quib. al. lic. vel non. Sic admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse, sic et solvere non possunt, *quum nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.* — L. 3. C. de in integr. rest. Si *curatorem habens* minor XXV. annis post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet, *quum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore curatore dato bonis interdictum est.*

233) L. 1. D. de curatorib. furios. Lege duodecim Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio. L. 6. D. de Verb. obl. Is, cui bonis interdictum est, tradere non potest, vel promittendo obligari. LEYSER Spec. 349. Med. 1. 2.

234) L. 1. pr. D. ad. S. C. Velleian. Hoc Senatusconsulto plenissime comprehensum est, *ne pro ullo feminae intercederent.* PAVLLVS Lib. 2. recept. sentent. Tit. 11. In omni genere negotiorum et obligationum tam pro viris, quam pro feminis intercedere mulieres *prohibentur.* L. 2. pr. et in fin. L. 14. 16 pr. §. 1. L. 32. §. 2. D. ad S. C. Velleian. Diese Stellen sind zu deutlich, als daß man im geringsten Bedenken finden sollte, die Bürgschaft der Frauenspersonen nach römischen Rechten unter die wirklich verbotenen Geschäfte zu zälen. *Ioh. Aug.* HELLFELD Comment. de intercess. mulierum et S. C. Velleiano Ienae 1761. und in dessen, vom Kommerzienrath Fischer herausgegebenen, Opusculis, Num. 17. Ob die Zulässigkeit einer Entsagung hiemit zu vereinigen,

und

und überhaupt nach unsern heutigen Rechten das nämliche annoch zu behaupten sei; davon in der Folge mit mehrerm.

235 *a*) Daß z. B. die Verordnungen des Sächsischen und Lübeckschen Rechts in diesem Stücke als verbietende Gesetze anzusehen, beweiset MEVIUS *ad Ius Lubecense* Lib. I. Tit. 10. Art. 3.

235 *b*) tot. tit. Pand. et Cod. de donat inter vir. et vxor. Man sehe jedoch F. C. H. FRÜTZSCHLER Dissertat. de donatione inter coniuges per alium facta prohibita, Ienae 1771. §. 11. imgleichen *Gerard* NOODT Comment. in Pandect. Lib. 24. Tit. 1. p. 509. und *Scipio* GENTILIS de donat. inter vir. et vxor. Lib. 1. Cap. 5.

§. 67.

Fernere Fortsetzung. Dritte Klasse.

Zur dritten und lezten Klasse rechnen wir endlich dieienigen Fälle, wo das bürgerliche Verbot zwar auch nur gewisse Personen betrift, jedoch nicht zum eigenen Besten derselben, nicht — weil die Gesetze bei ihnen einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zum kontrahiren, vermuten, oder eine vorzügliche Gefahr der Verletzung befürchten, sondern weil es ausserdem die gemeine Wohlfahrt erfordert, sie von diesen oder ienen rechtlichen Handlungen gänzlich zu entfernen. So z. B. sind 12) nach verschiedenen Rechten vom Erwerb unbeweglicher Güter ausgeschlossen alle Fremde 236), Kirchen, Klöster 237) und Juden 238); ferner darf 13) keinem Christen

die

die Schuldforderung eines Juden an einen Christen abgetreten werden 239), ausserdem soll 14) die Cession nicht an einen Mächtigern geschehen 240.) Den Richtern ist 15) das Annehmen der Geschenke untersagt, wenn auch an sich keine unerlaubte Absicht dabei obwalten sollte 241 a). Hieher gehören auch 16) die verbotenen Heirathen unter gewissen Personen, theils wegen zu naher Blutsfreundschaft und Schwägerschaft, theils wegen anderer Ursachen 241 b), und endlich 17) die verschiedenen Policei-Gesetze und sonstige bürgerliche Anordnungen, wodurch gewisse Personen von diesem oder ienem Gewerbe, von dieser oder iener Gattung der bürgerlichen Nahrung, der Kaufmannschaft u. s. w. ausgeschlossen sind 242). Daß es aber 18) den Aerzten verboten sei, von dem Kranken, dessen Heilung sie zu besorgen haben, etwas zu kaufen, und den Geräusch machenden Handwerkern, sich in der Nachbarschaft eines Gelehrten einzumieten, läßt sich mit Grunde nicht behaupten. Siehe oben die Noten 221. und 206.

236) Das Lübeckische Recht, womit in diesem Stück mehrere Gesetze übereinstimmen, enthält Lib. I. Tit. 2. Art. 5. folgende Verordnung: „Es soll „kein Bürger sein Erbe, Rente und Eigentum „einem Gast oder Fremden oder andern, welche „unsre Bürger nicht sein, versetzen, verpfänden, „verkaufen, oder zu treuen Händen demselben „zuschreiben lassen.“ Ueber den Grund dieser Vorschrift schreibt MEVIUS in Comment. ad I. L. l. c. n. 7.: Extra dubium est, hoc statu-

tum

tum optima ratione niti, dum publicae vtilitati consulit, cuius interest, bona sub ditione civitatis sita, apud subditos remanere sub eiusdem iurisdictione; quo multae de iurisdictione lites, quum bona ad exteros deueniunt, oriri solitae praecaueantur, legibus et moribus ciuitatis circa bona semper aduersus forenses minor vis, vigorque constet, iudicia eorum nomine instituta sint faciliora, munerum impositio et onerum exactio promtior, augendi habitantium numerum et patrimonia occasio amplior —. Man sehe auch GAIL. p. II. Obseru. 19. n. 3.

237) Was die eben gedachte Stelle des Lübeckschen Rechts von den Fremden verordnet, wird in dem gleich folgenden Art. 6. auf Stifter und Klöster erweitert, weshalb Mevius hinzufügt: Qui rei publicae amplius, quam *sacrae cupiditati* fauent, hoc defendere non dubitabunt. Non enim impediuntur ecclesiarum diuitiae, vbi, quantum cultui diuino satis est, ipsis suppeditatur; divites illae esse debent, ad sustentationis necessitatem, *non ad clericorum satietatem: Vsu compertum est, quidquid ibi abundat, id impietati et luxui eorum, quos sancta, et innocens vita decet, cedere.* Non enim potest non euenire reipublicae damnosum, si bona ad clericos sine spe reuertendi ad commercia transeant, inde onera et functiones publicae aut publico decedant, vel singulis augescant, ciuium numerus imminuatur, iurisdictio magistratui, possessiones ciuibus subripiantur, tandemque, quod fastus papalis admodum anhelat, ecclesia rempublicam vbique infirmet, occupet, deuoret sui arbitrii penitus compos.

238) Die mehresten teutschen Gesetze stimmen hierin mit einander überein. de SELCHOW *Elementa*

menta iuris Germanici §. 214. HEYMANN initia iur. polit. pag. 267. *Iac. Aug.* FRANCKENSTEIN *de iuribus singularib. iudaeorum* in Germania Lipſ. 1722. PUFENDORF. Tom. I. Obſ. 96. Tom. 3. Obſ. 55. *N. G. B. L. B.* de LOEVENSTERN *Obſeruationes quaedam de Iudaeis, eorumque diuerſa conditione ſecundum ius Romanum et Germanicum in primis quoque Mecklenburgicum, Bützouii 1768.*

239) R. A. v. J. 1551. §. Dieſem zu begegnen. R. P. O. v. J. 1577. tit. 20. §. Es ſoll auch. PUFENDORF Obſerv. II. 58. *Sam. Frid.* BOEHMER *de ceſſione nominis a Iudaeo in Chriſtianum facta, rata vel irrita,* Francofurti 1758. CARPZOV. Lib. 5. Reſp. 38. und p. II. conſt. 30. def. 45. BERGER. *oecon. iur.* Lib. III. Tit. 5. th. 5. not. 2. **Joh. Heinr. Chriſt. von Selchow Rechtsfälle, enthaltend Gutachten und Entſcheidungen vorzüglich aus dem teutſchen Staats- und Privatrechte;** 2. Band. N. 26.

240) L. 2. C. Ne lic. potent. Wernher p. I. Obſ. 283. und p. 3. Obſ. 209. BROCKES Select. obſeru. forenſ. N. 313. *Sam.* STRYCK. Diſſ. *de ceſſione in potentiorem.*

241 *a*) Von der an ſich ſchon höchſt unerlaubten Beſtechung iſt es bekannt, daß die Kriminal-Geſetze aller Völker, ſelbſt die ungeſittetſten nicht ausgenommen, harte und ſchimpfliche Strafen dagegen gedrohet haben. **Olianius in ſeiner Reiſe nach Perſien** Tom. 5. cap. 31. meldet davon folgendes: „Nachdem der König Abas in „Perſien erfahren, daß der Richter zu Jſpahan „von beiden Parteien Geld genommen, und her„nach die ſtreitigen Theile beredet, ſich gütlich zu „vergleichen, hat der Richter rücklings auf einem

„Eſel

„Esel sitzen, und über sein schönes Ehrenkleid ein „frisches Eingeweide vom Schafe um den Hals „henken, den Esels-Schwanz anstatt eines Zau„mes in die Hand nehmen, und sich also auf dem „ganzen öffentlichen Markte herumführen lassen „müssen, wobei der Ausrufer vorhergegangen „und verkündiget, der König wolle mit allen, „die das Recht um Geschenke verkaufen würden, „nach diesem Beispiele verfahren. Wie solcher „schimpflicher Processus und schmähliches Spekta„kel vorüber, ward der Richter aus der Stadt ver„wiesen." Eine sehr scharfe und nachdrückliche Verordnung gegen die Bestechungen, aus dem Jahre 1498. findet man auch beim **Malblanc Geschichte der peinlichen Gerichtsordnung Seite 9.** Jedoch von diesem wirklichen Verbrechen ist hier eigentlich die Rede nicht. Wenn aber, um alle Gelegenheit dazu zu verhüten, und eine unparteiische Rechtspflege möglichst zu befördern, den Richtern das Annehmen der Geschenke überhaupt verboten wird: So gehören dergleichen Verordnungen allerdings hieher. Das ältere römische Recht war in diesem Stücke den Richtern und Magistratspersonen nicht ganz ungünstig: Non in totum xeniis abstinere debet Proconsul, sed modum adiicere, vt neque morose in totum abstineat, neque auare modum excedat. Neque enim omnia, neque quouis tempore, neque ab omnibus. Nam valde inhumanum est, a nemine accipere. L. 6. §. 3. D. de off. Proconf. Durch neuere Verordnungen des Kaisers **Justinian** ward hingegen diese Freiheit gänzlich aufgehoben. L. 6. C. ad L. Jul. repetund. Nov. 8. und 161. Vermöge des erstern Gesetzes sollen die Richter schwehren, se nihil penitus tam in administratione positos, quam post depositum

positum officium pro aliquo praestito beneficio tempore administrationis, accepturos — Jllos enim, fügt die zweite Verordnung überdem noch hinzu, puris procuremus vti manibus, et ab omni abstinere acceptione, illis satis contentos, quae a fisco dantur. Mit dieser Absicht des Kaisers konnte es nicht wohl bestehen, wann nicht auch zugleich verboten wurde, sich zur Erlangung eines Richteramts den Weg durch Geschenke und Gaben zu bahnen. Daher fügt die erwehnte Konstitution sogleich hinzu: Quod non aliter fiet, nisi et ipsi cingula sine mercede percipiant. Nach den ältern römischen Gesetzen war dieses schon hart verboten. Unter den Kaisern aber ward es nach und nach den Höflingen erlaubt, für ihr Vorwort und Unterstützung einer Angelegenheit beim Kaiser etwas zu nehmen; auch sich im Voraus versprechen zu lassen. Daher der sogenannte contractus suffragii, und die daraus entspringende actio suffragii. L. un. Cod. de suffragio und PERETZ *in Commentario ad dict. tit.* CVIACIVS in Paratitl. ad Nou. 8. p. m. 81. *Ioh. Ott.* TABORIS *expositio paratitlaris L. un. C. de suffragio* im Volum. I. seiner Tractate p. 152. Die Sache ward in der Folge dergestalt allgemein, daß die Kaiser selbst wol durch dergleichen Beiträge ihre Schatzkammer zu bereichern pflegten; bis endlich **Justinian** in Novell. 8. und 161. ausdrücklich verordnete, daß Niemand, um eine richterliche Würde und Magistratur zu erhalten, oder andern zu verschaffen irgend etwas geben oder nehmen sollte. L. vn. C. de suffragio ist daher durch diese neuere Verordnung nicht gänzlich, wie **Perez** a. a. O. dafür hält, sondern nur allein, so viel den Richterstuhl betrift, aufgehoben worden. CVIACIVS l. c. In diesem Betrachte bleibt die Sache durchgängig verboten,

es

es mag das Geschenke oder Versprechen geschehen sein, wem, oder von wem es wolle. Betrift hingegen der contractus suffragii keine Beförderung zu obrigkeitlichen Aemtern, sondern die Empfehlung anderer Angelegenheiten, so ist er gültig und rechtsverbindlich. Nur aber wird auch im leztern Falle schlechterdings vorausgesezt, daß derienige, dem zu Unterstüzung einer Sache etwas gegeben worden, nicht schon von Amtswegen verbunden war, solche zu besorgen. *Ioh. Gottfried* SCHAVMBVRG *in adnotationibus ad Struvii iurisprud. rom. Germ. forens.* pag. 383. not. l.: Praesupponitur tamen negotium, quod quis vi officii expedire non debebat, quodque leges pretio compensare non vetant; Qui enim pecuniam aliamue rem accipit, *quo officium faciat, vel non faciat*, ille delinquit, et in crimen repetundarum incidit. Man sehe auch *Beniam.* REISIG *Diss. de contractu suffragii ad L. un. C. de suffragio Goett.* 1737.

241 *b*) Es läßt sich kein gewisser und zureichender Grund angeben, warum die eheliche Verbindung auch unter den nächsten Anverwandten an sich dem Naturrechte entgegen sein sollte, obgleich verschiedene Gelehrte solches von Zeit zu Zeit behauptet haben.

Unerlaubt wird die Sache erst durch verbietende positiv Gesetze. Ob nun gleich das Recht, die Hindernisse der Ehe in dieser Absicht zu bestimmen, eigentlich nur der weltlichen Macht zustehen sollte: So hat sich doch die Kirche nach und nach in diese Angelegenheiten gemischet, und die Ehesachen überhaupt ihrer Gewalt zu unterwerfen gewust. Der Ritus der priesterlichen Einsegnung, wodurch die Ehe vorzüglich in das Kirchenwesen eingeflochten ward, die Nachsicht der welt=

weltlichen Regenten gegen die Eingriffe und Anmassungen des Klerus — die Lehre, daß die Ehe ein Sacrament und Sinnbild der Vereinigung Christi mit den Gläubigen sei, brachten es dahin, daß alle Ehesachen der weltlichen gesetzgebenden Macht fast gänzlich entzogen wurden. Wenn nun gleich bei den Protestanten die Sache eine andere Gestalt gewonnen: So ist doch sehr zu zweifeln, ob folgende Erklärung als richtig anzunehmen. „Was die Protestanten anbetrift, „schreibt Herr **Lobethan** in seiner **Ein-„leitung zur theoretischen Eherechtsge-„lahrheit** § 4., so stehet dieses Recht denen „evangelischen Landesherren **als Bischöfen** zu.“ Ich sehe nicht ab, warum nicht: **als Landesherren.** Siehe des Herrn Geheimen Raths **Nettelbladt Anmerkungen über die Kirchen-Gewalt der Evangelischen Landesherren,** in seinen **Abhandlungen zum protestantischen Kirchen-Rechte,** Halle 1783. Seite 83. Uebrigens herrschen in der ganzen Lehre vom Verbot der Ehen unter Anverwandten und verschwägerten Personen bekanntlich viele Streitigkeiten, worauf ich mich iedoch hier nicht weiter einlassen kann. Seitdem der Ritter **Michaelis** in seiner **Abhandlung von den Ehegesetzen Mosis**, Goett. 1768. diese Materie bearbeitet hat: sollte man freilich glauben, der Nebel müste endlich verschwinden. Allein die Sache ist und bleibt unter Theologen und Juristen äußerst controvers. **Ch. Joh. Gabr. Süssens unvorgreifliche Gedanken, wie der so lange her geführten Kontroverse über die Ehegesetze Mosis endlich nach Wunsch möchte können abgeholfen werden?** Lübeck 1769. sind pia desideria, wovon nichts zu erwarten. Er meint, die gesammten Fakultaeten müsten zusammentreten,

ten, und — sich vergleichen — Siehe Herrn Professor **Schotts unparth. Kritik, N. 42.** Seite 149., imgleichen die anonymische Schrift: **Ehelicher Vertrag oder Gesetze des Ehestandes, nebst einer Abhandlung über den Ursprung der Dispensationen,** 1784. ohne Benennung des Druckortes; ferner: **Entwickelung der vornehmsten Streitfragen, die Ehen naher Blutsfreunde betreffend,** Tübing. 1785. Besser ist es, vor der Hand durch bestimmte gesezliche Vorschriften der Ungewisheit in foro externo abzuhelfen; so wie's schon Justinian wollte: Si quid vero in iisdem legibus fortassis obscurius fuerit, oportet, ab imperatoria interpretatione patefieri, duritiemque emendari, L. 9. C de LL. unbekümmert um die Zänkereien der Rechts- und Schriftgelehrten, bis die Zeit für gut findet, es auch bei ihnen völlig Tag werden zu lassen; so wie der heil. Vater seinen Legaten instruirte: Nemo mirari debet, si non statim omnia errata et abusus omnes emendatos viderit. Inueteratus nimium morbus est, nec simplex, sed varius et multiplex; pedetentim in eius cura procedendum est, et prius grauioribus, magisque periculosis occurrendum, ne omnia pariter reformare volentes, omnia perturbemus. Hadriani IV. Instruct. Legati ad Germanos 1122. Raynald. N. 70.

242) So viel die hiesigen Lande betrift, findet man die vorzüglichsten Landesherrlichen Verordnungen über diese Materie angeführt in L. A. G. **Schraders Handbuch der Rechte in den Herzogthümern Schleswig und Holstein,** Altona 1784. §. 29. u. f. f. Hieher gehören auch die Verordnungen verschiedener Handlungs- und Seerechte, wodurch gewisse Personen von den

Assekuranzen dergestalt ausgeschlossen sind, daß sie solche weder geben noch nehmen dürfen. Z. B. die Mäckler, Schifsclarirer, Dispacheurs, und Taxatoren der Schäden, die Richter der Versicherungs-Streitigkeiten, deren Schreiber und Bediente, die Zoll- und Accis-Einnehmer, u. s. w. Bei Strafe, daß die Versicherungen dieser Personen ungültig und nichtig, auch die Prämie hin und wieder dem Fiskus verwirkt sein soll. Das Recht der Assekuranzen und Bodmereien, systematisch abgehandelt, Königsberg 1771. §. 23. u. f.

§. 68.

Von der natürlichen Verbindlichkeit in den vorstehenden Fällen überhaupt. Barbeiracs Meinung.

Barbeirac in seinen Anmerkungen über Pufendorfs Natur- und Völkerrecht 243), macht den Rechtsgelehrten und Philosophen einen Vorwurf, welchen er selbst vielleicht gleichfalls verdienen möchte. Il me semble, schreibt er, que cette matiére de la validité des conventions illicites n'a pas encore eté traitée assez exactement, et que l'on decide la question d'une maniére un peu trop generale faute de faire attention aux veritables principes, d'ou depend la solution des divers cas, qu'elle renferme. Denn ob er gleich, um den Gegenstand der Frage vollständig zu zergliedern, diejenigen Vorträge, welche an sich schon dem Naturrechte zuwider laufen, von denen

denen sorgfältig unterscheidet, welche nur bürgerlich verboten sind: so hat er doch, zumal was den leztern Punct anbetrift, die Sache noch keinesweges in das gehörige Licht gesezt. Von den Verträgen, deren Inhalt an sich schon, dem Naturgesetze entgegen gehet, ist hier eigentlich die Rede nicht, wiewol es allemal eine merkwürdige Erscheinung in der Geschichte des menschlichen Verstandes bleibt, daß die Frage, ob zur Erfüllung solcher Verträge eine Verbindlichkeit statt finde, unter den Gelehrten streitig werden, — ja sogar denkende Köpfe auf die bejahende Meinung geraten können. Grotius z. B. hält dafür, daß, ob gleich Niemand durch sein Versprechen sich anheischig machen könne, eine würkliche unerlaubte Handlung zu unternehmen, dennoch, wenn die That einmal verübt worden, der andere Kontrahent schuldig sei, die Belohnung, welche er dafür versprochen, zu entrichten. Quaeri solet, schreibt er, 244) an promissio facta ob causam naturaliter vitiosam ipsa natura valeat? ut, si quid promittatur homicidii perpetrandi causa? Hic ipsam promissionem vitiosam esse satis adparet; at vitium manet, quamdiu nondum perpetratum est crimen, vnde sequitur vsque ad id tempus promissionis talis efficaciam esse in pendenti, *crimine vero perpetrato iam obligationis vim exseri etc.* Pufendorf und Barbeirac bestreiten diese Lehre umständlicher, als die Evidenz der Sache zu erfordern scheinet. Nichts ist leichter, als den

Grotius aus seinen eigenen Grundsätzen zu widerlegen. Er behauptet selbst kurz zuvor, daß das Versprechen einer an sich unerlaubten Handlung schlechthin ungültig und unverbindlich sei. Ist es denn nun nicht auch an sich schon unerlaubt, Andere zur Ausübung einer verbotenen That zu dingen? So wenig diese Zusage auf der einen Seite je verbindlich werden kann, eben so wenig mag der andere Kontrahent irgend ein Recht erlangen, nach begangenem Verbrechen die versprochene Belohnung dafür zu fordern 245). Was aber insonderheit dieienigen Rechtsgeschäfte betrift, welche an sich zwar natürlich erlaubt, hingegen bürgerlich verboten sind: So glaubt Barbeirac 246) die Frage: ob und in wie ferne eine Verbindlichkeit daraus entstehen könne, durch folgende Distinction richtig zu bestimmen. „Wer einen Vertrag schliesset, welchen die civil Gesetze verbieten, der kontrahirt entweder mit einem Fremden, oder mit seinem Mitbürger. Im Ersten Fall war dem Fremden entweder das bürgerliche Verbot bekannt, oder nicht. Wuste er es, so kommt es wiederum darauf an, von wem der erste Antrag zur Eingehung des verbotenen Handels geschehen. That ihn der Fremde: So ist der Bürger an sein Versprechen so wenig gebunden, daß er weder sein Wort erfüllen, noch den Fremden entschädigen darf. Denn man muß in diesem Falle annehmen, daß der einheimische Kontrahente die Sache nicht gehörig erwogen, vielmehr aus Uebereilung den Handel getroffen

habe;

habe; weshalb die Verbindlichkeit auf seiner Seite hinwegfällt. Nur, was der Fremde wirklich bezalt, oder gegeben hat, muß ihm wieder ersetzet werden. War es aber der Bürger, welcher den Handel zuerst proponirte: So ist er zwar nicht zur eigentlichen Leistung dessen, was er versprochen, gehalten, wol aber zur völligen Entschädigung des Fremden. Denn hier kann man nicht sagen, daß er sich aus Leichtsinn zu dem Handel entschlossen habe 247). War endlich das bürgerliche Verbot dem Fremden nicht bekannt: So hat er ein vollkommenes Recht auf die Erfüllung des Kontrakts, oder in deren Entstehung auf eine völlige Schadloshaltung zu dringen. Im zweiten Falle hingegen, wenn beide Kontrahenten Bürger und Unterthanen desjenigen Landes sind, nach dessen Gesetzen der Vertrag verboten worden: So handeln sie zwar beiderseits unrecht, iedoch stehen sie unter sich in dem Verhältnisse, daß keiner wider Willen des Andern von seiner Zusage abgehen darf, sondern solche erfüllen, oder den andern Theil entschädigen muß. Denn da man wissentlich ein ungültiges Geschäft unternimmt: So entsagt man dem Rechte, es anfechten zu können. So lange inzwischen das eigentliche Geschäfte, welches die Gesetze verbieten, noch auf keiner Seite zur Ausübung gekommen, stehet es frei, von dem blossen Versprechen wieder abzugehen. Z. B. Man hat sich verabredet, zu einer gewissen Zeit ein Hazardspiel vorzunehmen — So würde diese Zusage

freilich nicht binden; wer aber wirklich gespielet, und eine gewisse Summe verlohren hat, der wird allerdings dadurch verbindlich, so wie derienige, welcher kontrebande Waaren zu liefern versprochen, und bereits Geld dafür empfangen hat, sich nicht entziehen kann, entweder die Waare zu liefern, oder den andern Theil gänzlich zu entschädigen —.

243) Liv. 3. Ch. 7. §. 6. n. 2. p. 468.

244) de iure belli et pacis Lib. 2. c. 11. §. 9.

245) Wie aber, wenn dergleichen Handlungen, welche an sich schon natürlich unerlaubt sind, im Staate öffentlich geduldet werden, sollte dann nicht der versprochene Lohn mit Recht gefordert, ia allenfalls auch eingeklagt werden können? Siehe die Not. 183. Verschiedene Rechtslehrer finden kein Bedenken, solches zu beiahen; wenigstens glauben sie, daß nach römischen Rechten die öffentlichen Huren berechtiget gewesen, den versprochenen Lohn gerichtlich einzuklagen. STRVV. Exercit. XVIII. th. 22. THOMASIVS *ad Huberi praelect.* iur. ciu. Lib. XII. Tit. V. §. 3. **Nic. Hieron. Gundling Gedanken von dem römischen Hurenzoll und Hurenlohn**, in der Sammlung seiner kleinen teutschen Schriften, Seite 442. FRANZKIVS *Comment. ad Pandectas* Lib. 12. tit. 5. n. 10. Wiewol dieser hinzufügt: sed haec licet ita sint, castitati temporum nostrorum non conueniunt. Das Gegenteil behaupten HAHN ad Wesenb. L. XII. Tit. V. §. 4. STRYCK. adnotat. ad Lauterbach. comp. tit. de cond. ob turp. caus. beim MOLLENBEC. Thes. iur. civ. p. 490. VOET. Comment. ad Pandect. L. XII. Tit. V. §. vltim. mit dem Zusatze,

säze, daß, wenn auch ein Wechsel über dergleichen Forderung ausgestellet worden, ohne die wahre causam debendi auszudrucken, die exceptio doli dagegen statt finde. Die Meinung der leztern verdient unstreitig den Vorzug; ob ihnen gleich der wahre Grund davon entgangen zu sein scheinet. Diesen glaube ich darin setzen zu können, weil einen theils eine an sich unerlaubte Handlung, darum, daß sie im Staate geduldet wird, noch nicht aufhört, unerlaubt zu sein, sondern nur ungestraft hingehet. Siehe oben Seite 177. folglich alles übrige, was sonst von dergleichen factis überhaupt Rechtens ist, seine ungezweifelte Fortdauer behält; und weil andern theils, so viel das römische Recht insonderheit anbetrift, die Unzulässigkeit der Klage schon daraus klar erhellet, daß die Frage, ob der gegebene Lohn wieder repetirt werden könne? nur nach denen Grundsäzen, welche bei der condict. ob turp. caus. eintreten, behandelt wird. Ulpian bestimmt die Sache in L. 4. §. 3. dahin: Quod meretrici datur, repeti non potest, vt Labeo et Marcellus scribunt. Sed noua ratione, non ea, quod vtriusque turpitudo versatur, sed solius dantis, illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, quum sit meretrix. Konnte der Lohn vermittelst einer Klage schon gefordert werden, so war die Ungültigkeit einer Zurückforderung so evident, daß sie kaum verdiente, unter Anziehung des Labeo, und Marcellus besonders angemerkt zu werden, wenigstens war sodann der Grund, weshalb nach Ulpians Meinung die Kondiktion nicht statt finden soll, quoniam solius dantis turpitudo versatur; offenbar wunderlich. Läßt es sich wol gedenken, daß der Jurist die Sache nicht vielmehr gerade zu daraus würde abgeleitet haben, weil die Zalung aus einer sogar klagbaren Verbindlichkeit

 gesche=

geschehen — anstatt die Sache auf Grundsätze zurückzuführen, wohin sie solchergestalt gar nicht gehöret hätte; und wie konnte dem Geber eine Schande vorgeworfen werden, wenn man ihn durch gerichtliche Klagen zur Zalung hätte anhalten können. In wie ferne übrigens der specielle Grund, welchen Ulpian hier annimmt, durchgängig zu billigen sei, und ob nicht vielmehr auf beiden Seiten eine turpitudo obwalte, ist unter den Gelehrten auch streitig. HVBER prael. iur. civ. Lib. XII. Tit. 5 §. 3. tadelt diesen Grund nachdrücklich: STRVV. a. a. und Thomasius billigen ihn. Mir scheinet das Urteil Hubers sehr gegründet: Potuisset Ulpianus hac nouitate supersedere; Nam sine dubio turpitudo, quae est in prima meretricis professione durat in singulis actibus. Man hat endlich gefragt: Wenn der Lohn voraus bezahlet worden, die Empfängerinn desselben aber sich weigert ihr Versprechen zu erfüllen: ob sodann der Lohn repetirt werden könne? HAHN ad WESENBEC. l. c. ist der Meinung, daß die Zurückforderung statt finde. VASQVIVS Lib. I. Controuers. cap 48. imgleichen der von ihm angeführte BALDVS und SALICETVS treten der Sache noch näher, wenn sie behaupten: vim inferri mulieri licere, quae corpore quaestum faciens stupri causa pecuniam acceperit. Wäre dem also: So hätte man noch einen Grund mehr, diese Personen mit dem Kirchenvater Tertullian infelicissimas publicarum libidinum victimas zu nennen. SLEVOGT (Joh. Phil.) Diss. de obligatione naturali ex conuentione turpi Ienae 1681. § 14. verwirft diese Lehre mit folgenden Worten: huic doctrinae et ratio sana et consensus omnium, castius philosophantium, reclamat. Thomasius in seinen Anmerkungen über Hubers Praelectionen a. a. O. behauptet zwar anfangs, daß

daß die Zurückforderung nicht statt finde, vtrobique enim adest turpitudo dantis. Qua igitur actione hic repeteret. Non condictione ob turpem causam, quia adest turpitudo dantis, neque condictione ob causam dati, quia hic non adest causa honesta. Jedoch fügt er sogleich hinzu: Nisi dicere velis, iis in locis, vbi lupanaria tolerantur, causam hanc pro inhonesta non haberi, adeoque competere hoc casu condictionem causa data etc, quod tamen aliis discutiendum relinquo. Das hätte er nicht nötig gehabt, denn ob gleich die Sache öffentlich geduldet, oder, welches einerlei ist, ungestraft gelassen wird, so bleibt sie doch allemal an sich unerlaubt und schändlich, mithin kann weder auf die Erfüllung des Versprechens, noch auf die Zurückgabe des im Voraus gegebenen, eine Klage statt finden.

246) a. a. O. p. 470. am Ende.

247) Ich sehe nicht ab, wie er gerade hier folgendes Argument gebrauchen konnte: les etrangers ne sont point obligéz á la riguer de s' informer de ce, qui se passe hors de chez eux. Denn dies gehört ia offenbar erst zu dem folgenden Falle, nicht aber hieher, wo vorausgesezt wird, daß der Fremde die Verordnung unserer Gesetze wirklich gekannt habe.

§. 69.

Wird widerlegt.

Daß aber diese Lehre theils mit Irrtümern untermengt sei, theils aber den ganzen Gegenstand bei weiten nicht erschöpfe, ist leicht zu erweisen. Ob der Unterthan mit einem Fremden oder mit

seinem Mitbürger kontrahirt, und ob der Fremde das Verbot gewust habe, oder nicht, sind freilich Umstände, worauf etwas, aber nicht alles ankommt. Doch hievon bald mit mehrerm. Zuvörderst können wir nicht zugeben, daß in dem Falle, da dem Fremden das bürgerliche Verbot bekannt war, annoch ein Unterschied zu machen sei, ob er, oder der einheimische Kontrahent, den ersten Antrag zur Eingehung des Handels gemacht habe. Denn vorausgesezt, daß dieser erste Antrag nicht in einer listigen Beredung bestehe: So wuste ja der Fremde in beiden Fällen, daß der andere Kontrahent kein Recht hatte, etwas zu versprechen, welches den Gesetzen seines Landes entgegen gehet, und folglich bleibt die Sache immer dieselbe, es mag der Fremde oder der Einheimische den Handel zuerst in Anrege gebracht haben. Fällt im ersten Falle die Verbindlichkeit hinweg: So cessirt sie auch sicher im zweiten. Hiernächst kann ich es unmöglich billigen, wenn Barbeirac da, wo er den bürgerlich verbotenen Vertrag unverbindlich hält, den Grund hievon darinn setzet, weil man annehmen müste, daß die Zusage in solchem Falle nicht mit gehöriger Ueberlegung geschehen. Eben hieraus will er auch die Richtigkeit solcher Verträge, die an sich schon dem Naturrechte zuwider sind, beweisen. **Gundling** macht sich über diesen Einfall des Barbeiracs sehr lustig 248), und in der That verdient er es auch. Denn müssen wir blos darum, weil die Handlung verboten ist, bei dem

Urhe-

Urheber derselben einen solchen Mangel der freien Ueberlegung annehmen, als erfordert wird, um eine Zusage zu vernichtigen: So muß man zugeben, daß Niemand mit völliger Freiheit den Vorsatz fassen könne, die Gesetze zu übertreten; so läst sich kein Dolus, welcher doch sicher Ueberlegung voraussezt, weiter behaupten; so siehet es in der That um alle Imputation in rebus illicitis sehr mislich aus — Endlich ist auch selbst die Entscheidung, welche Barbeirac zulezt vorträgt, offenbar unrichtig. Wird der Kontrakt von den Untertanen des Landes, nach dessen Gesetzen er verboten ist, geschlossen: So giebt Barbeirac zwar zu, daß beide Kontrahenten unrecht handeln, jedoch sollen sie unter sich dergestalt daran gebunden sein, daß keiner wider Willen des andern davon abgehen dürfe. Ich begreife nicht, wie der Lehrer des Naturrechts dieses im allgemeinen für wahr halten können, denn da er selbst behauptet, daß ein Versprechen, welches natürlich unerlaubt ist, keine Verbindlichkeit wirke: So konnte er auch hier nicht füglich eine andere Regel eintreten lassen, weil der Vertrag, welchen die bürgerlichen Gesetze verbieten, eben dadurch auch natürlich unerlaubt wird. Soll ferner ein Vertrag gültig sein: So muß der Gegenstand desselben von der Disposition der Kontrahenten abhängen; wie läßt sich aber dieses von Dingen behaupten, welche der bürgerliche Gesetzgeber dem Willkühre der Untertanen entzogen hat? Keine Verbindlichkeit, einem andern etwas zu leisten,

leisten, läßt sich endlich gedenken, woferne nicht der leztere ein Recht hat, solches zu fordern. Wer wird ihm aber dieses Recht zugestehen, wenn die Sache durch bürgerliche Geseze verboten ist. Man siehet also offenbar, daß die Regel, welche Barbeirac hier annimmt, gerade umgekehrt werden müsse. Wir haben auch bereits oben §. 48. und 54. im allgemeinen aus guten Gründen dargetan, daß bürgerlich verbotene Rechtsgeschäfte keine natürliche Verbindlichkeit des Bürgers hervorbringen; wiewol wir auch schon zugleich im voraus Seite 134. erinnert haben, daß nach gewissen individuellen Verhältnissen, ungeachtet des bürgerlichen Verbots, und der gänzlich fehlenden gerichtlichen Wirkung, dennoch in einigen Fällen eine natürliche Verbindlichkeit, zumal in conscientia, gar wol denkbar sei. Ehe und bevor aber die verschiedenen Beweggründe, wodurch der bürgerliche Gesetzgeber veranlasset wird, eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung zu verbieten, gehörig entwickelt worden, war es nicht möglich, hierüber vollständige Erklärung zu geben. Jezt, da wir dieses berichtiget, (§. 65. 66. und 67.) und zugleich die Philosophie des Barbeiracs, welcher, unbekümmert um die Gründe des bürgerlichen Verbots, die Sache bestimmen zu können vermeinte, ganz unrichtig befunden haben, sind wir im Stande, die oben Seite 134. vorbehaltene nähere Erläuterung nachzuholen.

248) In folgenden Worten: „Wenn man frägt, „warum die promissa illicita nicht gelten sollen: „So antwortet **Barbeirac**: Sie wären nicht „deliberato animo geschehen. Es ist dieses sehr „abgeschmackt. Wollte man sagen, es wäre ein „solcher im Affekt, wie ein furiosus: So wäre „solches wider alle Sension. Man setze, ein Ver„liebter verspricht 1000 Rthlr.; und frage den „Barbeirac, warum er das Versprechen nicht hal„ten soll? So ist seine Antwort: weil er nicht „klug. Er weiß ia aber alles, wo die Hure woh„net, hält pro summo bono ihr beizuwohnen, „der coitus ist ihm lieber als das Geld; und doch „will man behaupten, er sei nicht klug. Es ist „wahr, wenn man es eventualiter ansehen will; „So ist er nicht klug, weil er nicht alles überlegt, „was folgen kann. Aber darum ist er nicht „mente captus. Dies wird man keinem Men„schen persuadiren, so wenig Mr Arnaud denen „Leuten können weiß machen, wenn sie hureten, „empfänden sie Schmerzen.“ **Gundling Discours über das Natur- und Völkerrecht.** Seite 195.

§. 70.

Versuch einer richtigern Bestimmung.

Als Regel muß man demnach überhaupt den Satz gelten lassen, daß keine natürliche Verbindlichkeit statt finde, um ein Versprechen zu erfüllen, welches die bürgerlichen Gesetze verbieten. Siehet man aber auf die verschiedenen Bewegungsgründe der leztern zurück: So findet man, daß das bürgerliche Verbot sehr oft nur zum eigenen Besten der kontrahirenden Theile, zur Verhü-

tung unüberlegter Zusagen geschehen sei. Die zweite Klasse der verbotenen Rechtsgeschäfte (§. 66.) enthält mehrere Fälle, wo eine natürlich erlaubte und verbindliche Handlung nur solchen Personen verboten ist, bei denen die Geseze die natürliche Fähigkeit, rechtliche Geschäfte gehörig einzugehen, nicht annehmen; so wie es auch sonst in der obigen Klassification nicht an Beispielen solcher verbietenden Geseze fehlt, welche blos zur Beförderung mehrerer Gewisheit, zur Erleichterung des gerichtlichen Beweises, zur Verhütung eines übereilten Versprechens und der daraus entstehenden Laesion, die Gültigkeit und den Bestand einer rechtlichen Handlung an gewisse Formalitäten binden, oder gewisse Verträge verbieten (§. 65. n. 7.). In allen diesen Fällen kann es in Rücksicht auf die einzelne Subjecte, welche den Handel getroffen haben, und auch individuellen Umstände gar wol sein, daß eine natürliche Verbindlichkeit durch einen obgleich bürgerlich verbotenen Vertrag gewirket werde. Der Grund liegt am Tage. Denn das Geschäfte ist an sich nicht unerlaubt, enthält an sich nichts, dem allgemeinen Besten nachteiliges. Die Geseze wollen auch nicht, daß es gänzlich unterbleiben soll, ihre Absicht ist nur, allen Leichtsinn, Uebereilung, und ungebührliche Verleitung davon zu entfernen. Giebt es nun auf der einen Seite Geschäfte, wobei solches vorzüglich zu befürchten ist, Personen, welche sehr leicht dergleichen ausgesezt sind; und erkennen wir eben

hieraus

hieraus einen gegründeten Anlas des bürgerlichen Verbots: So lehrt dagegen auf der andern Seite die Erfarung, daß die Beschaffenheit der Umstände, das wahre Verhältnis der Personen und ihrer Handlungen in einzelnen Vorfällen oft ganz anders sei, als der Gesetzgeber es im allgemeinen zum Grunde legt. Die gehörige Beurteilungskraft und Kenntniß in Rechtsgeschäften, welche er bei gewissen Personen in der Regel vermisset, findet sich oft bei einzelnen Subiekten in ihrer ganzen Vollkommenheit. Da also die Absicht des bürgerlichen Verbots nur dahin geht, die aus obigen Ursachen zu befürchtende Misbräuche zu verhüten: So befreien sie gewis denienigen nicht von aller Verbindlichkeit, welcher überzeugt ist, daß der von ihm getroffene individuelle Handel mit denen Mängeln, welche die Gesetze in der Regel dabei vermuten, in der That nicht behaftet sei. Will er den Vorschriften des Naturrechts Gehör geben: So muß er sich schuldig finden, sein Versprechen zu erfüllen. So wie aber überhaupt das Dasein einer natürlichen Verbindlichkeit an sich von dem gerichtlichen Effekte derselben nicht abhängt, so ist es auch hier wiederum eine andere Frage, ob und in wie ferne in solchen Fällen die dem Kontrahenten für seine Person obliegende Verbindlichkeit gerichtlich wirksam sei, oder nicht? Wir dürfen, um hierauf richtig zu antworten, nur einen Grundsatz, wovon wir bereits oben Gebrauch gemacht haben, wieder in Erinnerung bringen: Daß nemlich der

bürgerliche Gesetzgeber nur auf das Ganze sein Augenmerk richten, die Personen und Sachen nur so nehmen könne, wie sie gemeiniglich sind; und daß der Richter hiernach bei Erklärung und Anwendung der Gesetze verfahren müsse. Eben diese Wahrheit wird uns auch hier sehr leicht davon überzeugen, daß die Gerichte verbunden sind, in den gedachten Fällen die Personen und Geschäfte nur so zu behandeln, wie sie der Gesetzgeber Einmal angesehen wissen will. Wenn daher das Gesetz gewisse Personen von allen oder einigen Rechtsgeschäften darum ausschliesset, weil ein Mangel der erforderlichen Freiheit des Willens und gehöriger Ueberlegung bei ihnen zu vermuten: So behandelt die Justiz sämtliche zu einer solchen Klasse gehörende Personen, als solche, die sich nicht obligiren können, mithin gar nicht verbunden sind 249), ohne die natürliche Verbindlichkeit einzelner Subjecte, als eine blosse Gewissens-Sache, vor ihr forum zu ziehen 250). Nur so viel haben die Gesetze selbst geordnet, daß die Geschäfte dieser Personen gewissermaßen durch nachherige Genehmigung zur völligen Gültigkeit gelangen können, daß die geschehene Erfüllung, wenn der Schuldener wuste, daß er nicht zu belangen sei, und doch bezalte, nicht zurück gefordert werden dürfe, und daß endlich der Handel von denen nicht anzufechten sei, welche bei Eingehung desselben betrüglich zu Werke gegangen. In allen übrigen Fällen der ersten und dritten Klasse hingegen, wo die Gesetze nicht zum Besten

der kontrahirenden Theile selbst, wegen einer zu vermutenden Unbedachtsamkeit, Uebereilung, oder ungebührlichen Verleitung, sondern weil ausserdem die gemeine Wolfahrt solches erfordert, diese oder jene Handlung verboten haben, bleibt es bei der Regel, daß auch keine natürliche Verbindlichkeit statt finde, dergleichen Verträge zu erfüllen, wovon wir die Ursachen mehrmalen angeführt haben 251). Nur in den Fällen der dritten Klasse (§. 67.) entstehet die Frage: Ob derienige, von dem die versprochene Leistung selbst keineswegs gefordert werden kann, nicht wenigstens verbunden sei, den andern völlig zu entschädigen 252)? Man unterscheide, ob der Kontrahent, welcher entschädiget sein will, mit Recht eine Unwissenheit des bürgerlichen Verbots vorschüzen könne, oder nicht? Im leztern Fall hat er gar keinen Anspruch, im erstern hingegen ist er unstreitig befugt, dasienige vergütet zu verlangen, was ihm durch den rückgängig wordenen Handel entgehet 253), es wäre denn, daß sein Mitkontrahent in einer gleichfalls untadelhaften Ignoranz der gesezlichen Vorschrift sich befunden hätte. So viel im Allgemeinen. Es wird aber nicht undienlich sein, von den bisherigen Grundsäzen auf zwei besondere Gegenstände annoch eine nähere Anwendung zu machen, weil sie vorzüglich zu einem weitläuftigen Dispüte unter den Rechtsgelehrten Anlas gegeben.

249) Nach Anleitung dieser Grundsäze ist nun unter andern die Frage: in wie ferne den Frauensper-

 sonen

sonen aus der Bürgschaft eine natürliche Verbindlichkeit obliege? sehr leicht zu bestimmen. Es hat Rechtsgelehrte gegeben, welche die Bürgschaft der Weiber selbst nach natürlichen Rechten unverbindlich gehalten. SCHILTER. *Prax. iur. rom.* Exercit. 28. §. 1. Allein dies ist auch so auffallend unrichtig, daß es gar keiner Widerlegung bedarf. Ob aber die Frauenspersonen, nachdem sie durch bürgerliche Gesetze von allen Intercessionen ausgeschlossen sind, nicht wenigstens immer noch natürlich verbunden bleiben, dasienige zu erfüllen, wozu sie sich anheischig gemacht haben? darauf ist nach obigen Grundsätzen die Antwort diese: Da der Beweggrund des positiven Gesetzes dahin gehet, ungebührliche Verleitungen und übereilte Zusagen zu verhüten: So hat die Frauensperson, welche ueberzeugt ist, daß dergleichen bei der von ihr übernommenen Bürgschaft nicht obgewaltet, allerdings eine natürliche Verbindlichkeit auf sich, ihr Versprechen zu erfüllen; wenn gleich in bürgerlichen Gerichten, den Fall eines doli ausgenommen, keine Rücksicht darauf genommen wird. Eben so ist, meinem Bedünken nach, die Frage zu entscheiden, ob den Frauenspersonen, welche nach Vorschrift der civil Gesetze unter beständiger Vormundschaft stehen, eine natürliche Verbindlichkeit obliege, wann sie ohne Zuziehung ihres Curators sich in Rechtsgeschäfte eingelassen, worüber man drei verschiedene Meinungen der Rechtsgelehrten antrift. Einige halten dafür, daß in solchem Falle gar keine natürliche Verbindlichkeit vorhanden sei. BERLICH P. 2. Conclus 17. n. 24. TIRAQVELL *de legib. connub.* IV. 14. MEVIVS *ad ius Lubecense* I 10. 3. welcher noch zweene ehrwürdige Gewährsmänner anziehet, BARTOLVM ad L. *quum Lex* D. de Fideiuss. n. 6. und BALDVM ad L. *quum quis* C. de iur. et

facti

facti ignorant. n. 9. THOMASIVS ad Huberi prael Inst. III. 14. 2. pag 280. Andere behaupten, daß eine natürliche Verbindlichkeit in solchem Falle allerdings vorhanden sei, iedoch geben sie zu, daß keine Klage deshalb statt finde, sondern die geleistete Zalung sogar zurück gefordert werden könne. CARPZOV. P. II. Const. 15. Def. 7. num. 9. MÖLLER ad Constit. Saxon. P. 2. Constitut. XV. n. 60. PHILIPPI *Vsu pract* Inst. Lib. 3. Eclog. 60. n. 11. Die dritte Meinung geht endlich dahin, daß nicht allein den Frauenspersonen unter gedachten Umständen eine natürliche Verbindlichkeit wirklich obliege, sondern diese auch selbst in bürgerlichen Gerichten dergestalt wirksam sei, daß, die alleinige Klage ausgenommen, alle übrige Effekte einer Zwangspflicht derselben beizulegen. HVBER. Prael. ad Inst. III. 14. 2. in fin. So wenig wir nun denen beipflichten können, welche das Dasein einer natürlichen Verbindlichkeit hier gänzlich verneinen; eben so wenig kann man auch des **Hubers** Meinung als richtig annehmen, indem die Vorschriften des Civilrechts unstreitig mit sich bringen, auch die Praxis einen ieden davon überzeugen kann, daß die Rechtsgeschäfte der Frauenspersonen, ohne Zuziehung ihres Vormundes in der Regel gar keinen rechtlichen Bestand behaupten können. In so ferne man also die erstere Meinung dahin erkläret, daß die Sache in bürgerlichen Gerichten so genommen, und behandelt werde, als ob gar keine natürliche Verbindlichkeit vorhanden wäre, in so ferne finde ich nichts dawider zu erinnern: Siehet man aber auf den wahren Grund dieser positiven Gesetze zurück: So wird man leicht erkennen, daß eine natürliche Verbindlichkeit an sich nach individuellen Umständen füglich statt finden könne; wiewol solche in foro externo gar nicht attendiret wird.

250) „Weil der Mensch nicht genug Einsichten besi„tzet, um das vor seinen Augen verborgene Ge„wissen seines Mitmenschen erforschen zu können: „So ist er auch nicht im Stande ein Urteil dar„über zu fällen. **Großing** allgemeines To„leranz-System Seite 48. Man sehe auch **Christian Garve** Philosophische Anmerkungen zu Ciceros Büchern von den Pflichten Th. 1. S. 30. Was übrigens der berühmte **Justus Möser** in seiner vortreflichen Abhandlung: **Von dem wichtigen Unterschiede des wirklichen und förmlichen Rechts** in den **westphälischen Beiträgen zum Nutzen und Vergnügen**, 1780. Num. 30, und in der **berlinischen Monatsschrift von Gedike und Biester** 1783. Seite 506. angemerket hat; kann auch hier zur Erläuterung dienen, wenn man die Grundsätze, welche er von den Aussprüchen der Gerichte überhaupt vorträgt, besonders auf dieienigen Fälle anwendet, wo der Richter den konkreten Vorgang nach denienigen Eigenschaften und Folgen behandeln muß, welche die Gesetze bei solchen Dingen im allgemeinen voraussetzen, wenn gleich der individuelle Fall an sich eine Ausnahme davon machen sollte. „Was die Kirche," sagt er, „oder eine Versammlung erwählter und „berufener Bischöfe zuletzt für Wahrheit erklärt „hat, das ist förmliche Wahrheit für alle dieieni„gen, so zu dieser Kirche gehören, und förmliches „Recht ist, für streitende Parteien, was ein „erwählter oder verordneter Richter zulezt dafür „erkannt hat. In beiden Fällen kann wirkliche „Wahrheit und wirkliches Recht zum Grunde lie„gen; in der That aber kommt es hierauf nicht „an; es thut im eigentlichen Verstande nichts „zur Sache, ob die Bischöfe oder die Richter ge„irret haben; ihr lezter Ausspruch verwandelt „**wirkliches** Weiß in **förmliches** Schwarz,

„und

„und umgekehrt. Denn es ist hier ein Nothrecht „für die menschliche Ruhe, nach welchem nun ein„mal das förmliche Wahrheit, förmliches Recht „sein soll, was also dafür erklärt und ausgespro„chen worden. Der Mensch würde nimmer auf„hören zu zanken, jeder würde nach seinen ei„genen Begriffen handeln wollen, und die gröste „Verwirrung daraus entstehen, wenn man sich „nicht endlich weislich darüber einverstanden hät„te, daß man dasienige, was also ausgesprochen „ist, für förmliches Recht halten und befolgen „wollte. Einem ieden bleibt dabei seine freie „Meinung von dem wirklichen Rechte, wenn „er sich von dem förmlichen nicht überzeugen kann. „Aber man achtet darauf nicht. Sobald man aber „diese beiden Begriffe mit einander verwechselt; „so erlaubt man einem ieden, dasienige, was er „für wirklich Recht hält, auch in Ausübung „zu bringen. Der Fürst darf alsdenn einen Rath, „der nach seiner Ueberzeugung ein unredlicher „Mann ist, ohne weitere Untersuchung bestrafen. „Der Richter kann ieden ersten Spruch, wenn er „seiner Meinung nach wirklich Recht ist, sofort „zur Vollstreckung bringen; ohne abzuwarten, „daß er die Kraft förmlichen Rechtens erreiche. „Ein Unternehmen, das die Weisheit Salomo„nis nicht entschuldigen kann; weil alle Weis„heit nur zur wirklichen, nicht zur förmlichen „Wahrheit führet. **Der traurigste Fall, „worinn sich oft ein Richter befindet, „ist dieser, wenn er das wirkliche Recht „augenscheinlich erkennet, und es doch „nicht zum förmlichen machen kann; „aber demungeachtet ist es besser, daß „ein einzelner Mann traure, als daß „man alles in Gefahr setze; und dies „würde geschehen, wenn ieder Richter**

„nach dem, was er für wirklich Recht „erkennet, sogleich verfahren dürfte."

251) STRYCK *in adnotat. ad Lauterb.* Lib. XI. Tit. V. n. 14. beim MOLLENBEC. Thesaur. iur. ciuil. pag 407, imgleichen BARBEYRAC Traité du Jeu Liv. 3. Ch. 9. §. 15. 16. irren daher ungemein, wenn sie behaupten, daß die Glücksspiele, selbst wann sie bürgerlich unerlaubt sind, dennoch immer eine natürliche Verbindlichkeit wirkten. Man sehe dagegen PUFENDORF I. N. et Gent. Lib. 3. Cap. 7. §. 6.

252) In der ersten Klasse kann diese Frage nicht füglich entstehen, wie der Augenschein ergiebt, wenn man die einzelnen Fälle durchgehet; in der zweiten kommt es nur darauf an, ob derienige, den die Gesetze sonst nicht verbindlich halten, in dolo versiret, da dann der Handel selbst bei Kräften bleibt; in den Fällen der 3ten Klasse hingegen muß oft, des doli ungeachtet, die Erfüllung selbst nachbleiben, z. B. wenn Grundstücke an Jemand verkauft sind, der sie nicht erwerben darf; und dann entsteht häufig die Frage, ob der Schade zu verhüten?

253) L. 27. C. de euict. L. 7. commun. utriusque iud. Nichts kann daher dem gemeinen Besten angelegner sein, als daß alle mögliche Mittel angewendet werden, um die Gesetze denen, welche ihre Handlungen darnach einrichten sollen, gehörig bekannt zu machen. Siehe **Joseph Herr über die Bekanntmachung der Gesetze**, Freiburg, 1783. Hier aber, bei solchen Gesetzen, welche die natürliche Freiheit des Bürgers einschränken, natürlich erlaubte Handlungen verbieten oder nichtig erklären, ist diese Vorsorge noch nötiger; welche wir aber in Teutschland, wo ein beträchtlicher Theil der Gesetze in einer fremden Sprache abgefaßt ist, noch

sehr

sehr vermissen. Der unerfarne Bürger, welcher bei ieder Gelegenheit in Gefahr ist, die gesetzmäßigen Erfordernisse zur Gültigkeit seiner Handlung zu vernachläßigen, der Gläubiger, welcher, unwissend des Rechts, einem filio familias Geld borgte, ein anderer, der durch den Vellejanischen Rathschluß um sein Kapital geprellt wird, werden die Jurisprudentz als eine Heuchlerin verabscheuen, welche das Licht meidet, um desto sicherer schaden zu können. Man wende nicht ein, daß er die Sachverständigen hätte zu Rathe ziehen können. Denn wie oft tritt nicht der Fall ein, daß Zeit und Umstände solches nicht erlauben — daß ein solcher Rath mit zu vielen Kosten verknüpft ist — daß mancher Rathgeber aus Unwissenheit oder vorsätzlich einen falschen Rath mitteilet, — daß endlich die Priester der Gerechtigkeit in ihren Meinungen von einander abweichen, u. d. m.

§. 71.

Ueber die Kontroverse der ältern und neuern Juristen, wegen der natürlichen Verbindlichkeit, a) der Pupillen.

Lange ist unter den Rechtsgelehrten über die Frage gestritten worden, ob den Unmündigen, ohne Zuziehung des Vormundes, nicht wenigstens eine natürliche Verbindlichkeit obliege, dasienige zu erfüllen, weshalb in bürgerlichen Gerichten kein Zwangrecht wider sie statt findet. Schon die römischen Juristen waren hierüber ganz uneinig, wie die Stellen angeben, welche aus ihren Schriften in den Pandekten aufbehal-

ten sind. **Neratius** und **Licinius Rufinus** verneinen die Frage ausdrücklich; Ersterer schreibt 254): Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, *quia nec natura debet*; und der leztere stimmt ihm bei: Pupillus mutuam pecuniam accipiendo, ne quidem iure naturali obligatur 255). Gerade das Gegenteil lehrt **Ulpianus** in folgenden Worten: Qualiscunque obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, *aut naturaliter, ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit* 256), und mit ihm **Marcianus**: In numerationibus aliquando evenit, ut una numeratione *duae obligationes* tollantur. Veluti si pupillo, qui sine tutoris auctoritate mutuam pecuniam accepit, legatum a creditore fuerit, sub ea conditione: si eam pecuniam numeraverit; in duas causas videri eum numerasse, *et in debitum suum* ut in falcidiam heredi imputetur, et conditionis gratia, ut legatum consequatur 257). Auch **Paullus**, von dem wir in L. 43. D. de O. et A. den Saz lesen: pupillum sine tutoris auctoritate non obligari iure civili, findet kein Bedenken, in Rücksicht auf die natürliche Verbindlichkeit an einer andern Stelle das Gegenteil zu behaupten: Si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutuo data sunt, legatum a creditore meruerit, sub hac conditione, si decem, quae acceperit, heredi reddiderit; una numeratione et implet conditionem, et liberatur

natu-

naturali obligatione; adeo autem et *solvere* videtur, ut repudiato legato, vel Sticho, qui legatus erat, mortuo, nil repetere possit 258). So auch **Marcianus**: Si eius pupilli, cui sine tutoris auctoritate pecunia credita erat, restituta ex eo Senatusconsulto mihi fuerit hereditas, *si solvam creditori, non repetam*; atqui heres, si post restitutionem solvat, repetet; *non ob aliud, quam quod ab eo in me naturalis obligatio translata* intelligitur 259). Es ist eine vergebliche Mühe, welche verschiedene Ausleger von Zeit zu Zeit angewendet haben, diese verschiedenen Gesetze mit einander zu vereinigen 260), man wird keinen Ausweg befriedigend finden, sondern am Ende denen beitreten müssen, welche behaupten, daß die obige Frage unter den verschiedenen Sekten der alten Juristen wirklich kontrovers gewesen, so, daß **Ulpian** und die übrigen, welche wir mit ihm angeführet haben, wirklich in ihren Meinungen von der Lehre des **Neratius** und **Lic. Rufinus** abgegangen 261). Eben so wenig sind auch die neuern Juristen über diesen Punkt mit einander einverstanden, indem einige geradezu behaupten, daß den Pupillen auf alle Fälle eine natürliche Verbindlichkeit obliege 262), andere hingegen das Dasein einer solchen Verbindlichkeit durchaus verneinen 263). Der Hauptfehler, dessen man sich auf beiden Seiten schuldig gemacht hat, bestehet darinn, daß man nicht vor allen Dingen den eigentlichen Begrif der natürlichen Verbindlichkeit, worauf es hier ankom=

ankommen soll, genau bestimmt hat, um einer Logomachie zu entgehen, welche bei den verschiedenen Bedeutungen, worinn die Sache genommen werden kann, ganz unvermeidlich ist. Ist von der natürlichen Verbindlichkeit im weitesten Sinn die Rede, und soll die Sache blos nach den Gesetzen der Vernunft, ohne Rücksicht auf bürgerliches Verhältnis, entschieden werden: So ist es ganz unleugbar, daß auch Unmündige sich allerdings verbindlich machen können. Die Gründe, welche von andern bereits angemerkt worden, sind völlig überzeugend: „Die verschie-„denen Abtheilungen des Menschenalters und be-„sonders die mancherlei Stufen der Unmündig-„keit, sind eine blosse Erfindung positiver Gesetze. „Man kann also nicht so geradezu sagen, der „Infans kann nach natürlichen Rechten keinen „Vertrag errichten, und durch seine Handlung „keine Verbindlichkeit übernehmen. Wann er „die Einsicht davon hat, und weiß, was er un-„ternimmt: So finden wir keinen Grund, dem „Vertrag seine Gültigkeit nach natürlichen Rech-„ten abzusprechen. Hier läßt sich überhaupt kein „allgemeiner Masstab annehmen, sondern der „Richter, welcher nichts von positiven Gesetzen „wuste, und alles nach dem Naturrechte entschei-„den sollte, würde hier auf die individuellen Ver-„standskräfte eines jeden Rücksicht zu nehmen ha-„ben“ 264) —. Wenn wir uns aber den Unmündigen in einer bürgerlichen Societät gedenken, wo Personen seines Alters durch positive Gesetze

Gesetze von Eingehung der Rechtsgeschäfte ausgeschlossen sind: So gewinnet der Gegenstand, welchen wir zu untersuchen haben, eine ganz andere Gestalt. Läst sich unter diesen Umständen, ohne Zustimmung des Vormundes eine natürliche Verbindlichkeit des Pupillen annehmen? Diese Frage ist schon etwas bestimmter, aber immer noch zu allgemein, als daß man sie geradezu entweder beiahen, oder verneinen könnte. Es giebt mancherlei Arten der Verbindlichkeiten; nicht auf alle passet der Grund, weshalb die bürgerlichen Gesetze die vollkommene Verbindlichkeit des Pupillen von der Autorität seines Vormundes abhängig machen. Ist dieser Grund nun darin zu setzen, weil man dem Unmündigen keine gehörig überlegte Willenserklärung zutrauet: So muß auch in allen den Fällen, wo die Verbindlichkeit nicht von der Einwilligung des Schuldeners abhängt, der Pupill ohne Vormund vollkommen verbindlich werden können. Dies ist es, was Paullus mit den Worten: Furiosus et pupillus, ubi *ex re* actio venit, obligantur, 265) bezeichnen wollen; und doch konnten die Ausleger über den wahren Sinn dieser Stelle in einen Dispüt geraten. Der Ausdruck, ex re, ward ihnen anstössig. Einige glauben, der Jurist habe darunter nichts anders, als das Deliktum und den sogenannten Quasikontrakt verstanden 266). Huber giebt das Erstere zwar zu 267), weil es selbst in unsern Gesetzbüchern heisset: omnes ex delicto obligationes *ex re* nascuntur;

allein das zweite ist seiner Meinung nach unter diesen Worten nicht mit begriffen; denn, sagt er, der Pupill kann sich weder durch Antritt einer Erbschaft verbindlich machen, noch condictione indebiti belangt werden, ja es findet auch gegen den Pupillen die actio negotiorum gestorum directa eigentlich nicht statt 268). Genau erwogen, sind die Worte des **Paullus** weder von dem einen, noch von dem andern Falle ohne Unterschied anzunehmen. Denn was die sogenannten Quasikontrakte anbetrift: So haben die Einwürfe des **Hubers** ihren guten Grund 269). Hingegen in Rücksicht auf die unerlaubten Handlungen ist zwar nicht zu leugnen, daß auch Unmündige durch Verbrechen sich verbindlich machen können 270), aber auch der Wahnsinnige, der furiosus? Und doch sagt **Paullus**, *furiosus* et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur. Ich weis es wol, daß einige Rechtsgelehrte behauptet haben, der Rasende könne zwar nicht bestraft 271), jedoch die Vergütung des Schadens allerdings aus seinen Gütern gefordert werden 272). Diese Meinung ist aber nicht allein dem Naturrechte 273), sondern auch dem wahren Sinn der bürgerlichen Gesetze offenbar entgegen 274). Die richtige Erklärung der obigen Worte des **Paullus**, ist inzwischen mit gar keinen Schwierigkeiten verknüpft, wenn wir nur dasienige, worauf der Jurist sein Haupt-Augenmerk richtete, nicht ausser Acht lassen. Ihm kam es nur darauf an, zu zeigen, in welchen

Fällen der Pupill, und der Wahnsinnige ohne **Vormund** verbindlich werden können. Wenn er nun dieses dahin bestimmet: ubi ex *re actio* venit etc.: So will er unstreitig nicht mehr und nicht weniger andeuten, als daß in solchen Fällen nur **die vormundschaftliche Einwilligung** nicht nötig sei; im übrigen aber die sonstigen Erfordernisse einer Verbindlichkeit in Fällen dieser Art schlechterdings vorhanden sein müssen. In so ferne nun diese auf den Wahnsinnigen oder Pupillen nicht passen, in so ferne findet auch keine Verbindlichkeit derselben statt. So z. B. erfordert zwar die aus Verbrechen entspringende Verbindlichkeit, die Konkurrenz des Vormundes nicht; aber sie sezt doch Moralität und Freiheit bei dem Urheber der Handlung zum voraus, weshalb der Wahnsinnige gar nicht, der Pupill aber sodann nur, wenn er eines bösen Vorsatzes fähig war, daraus belangt werden kann. Dies ist der natürlichste Aufschlus der gedachten Stelle. Die Hauptfrage von der natürlichen Verbindlichkeit kann also in denen Fällen, wo die Verbindlichkeit des Pupillen ex ipsa re entsteht, abermal keine Schwierigkeit finden; und mithin ist die Untersuchung eigentlich auf diejenigen Rechtsgeschäfte, deren Gültigkeit das bürgerliche Recht von der Einwilligung des Vormundes abhängig macht, zu beschränken. Sind diese Rechtsgeschäfte eines Pupillen ohne Zuziehung des Vormundes dergestalt unkräftig und nichtig, daß sie auch keine natürliche Verbindlichkeit hervorbrin-

gen?

gen? In dieser Fassung scheinet die Frage von allen Seiten genau bestimmt zu sein; und doch sind auch hier noch folgende Bestimmungen erforderlich, um die Sache von aller Misdeutung zu entfreien. Ist von der natürlichen Verbindlichkeit in conscientia die Rede? oder beruhet die Frage darauf, ob selbst in Gerichten eine natürliche Verbindlichkeit des Pupillen angenommen werde? So viel das erstere anbetrift; so ist die Sache nach den allgemeinen Grundsätzen, welche wir im vorigen §. vorgetragen haben, leicht ausgemittelt. Da der Pupill zu denen Personen gehöret, welche das Civilrecht zu ihrem eigenen Besten, und in der Voraussetzung, daß ihnen die natürliche Fähigkeit zum kontrahiren abgehe, von aller Verbindlichkeit loszälet: So beruhet das Dasein oder Nichtdasein der natürlichen Verbindlichkeit an sich (in conscientia) lediglich darauf, ob iener Mangel an Freiheit und gehöriger Ueberlegung, welchen die Gesetze als Regel annehmen, in concreto gleichsfalls zutreffe. Wer in seinem Gewissen vom Gegenteil überzeugt ist, der wird auch dem innern Richter seine Verbindlichkeit nicht verleugnen können 275), obgleich in foro externo keine Rücksicht darauf genommen wird. Giebt es aber auch Fälle, wo diese natürliche Verbindlichkeit selbst in Gerichten attendiret wird? Man unterscheide wiederum zwei Fragen; ob den Pupillen selbst für seine Person eine Verbindlichkeit treffen, und ihn belästigen könne? oder ob nicht, ohne des Vormundes

Ein=

Einwilligung die Rechtsgeschäfte des Pupillen sodann für gültig anzunehmen, wenn es darauf ankommt, andern Personen deshalb eine Verbindlichkeit aufzulegen? Die erste Frage ist den Rechten nach nicht anders, als mit Nein, zu beantworten. Die Gesetze gestatten nicht nur keine Klage wider denienigen, der in seiner Unmündigkeit etwas versprochen hat, sondern sie erlauben sogar, dasienige, was er wirklich schon bezalet hat, wieder zurück zu fordern 276). Die vielleicht in manchem einzelnen Falle vorhandene natürliche Verbindlichkeit ist zu individuell und ohnehin als eine Gewissens-Sache nicht von der Beschaffenheit, daß im Gericht darauf gesehen werden kann. Hier wird vielmehr ein ieder, der in seiner Unmündigkeit ohne Vormund kontrahirt hat, nach der Regel behandelt, welche die Gesetze Einmal bei Personen seines Alters zum Grunde legen; wie sehr auch sein eigenes Gewissen ihn überzeugen mag, daß bei ihm eine Ausnahme von dieser Regel eintrete —. Die zweite Frage betreffend; So kann freilich nach den allgemeinen Vorschriften des Naturrechts nicht geleugnet werden, daß vom Erwerb solcher Rechte und Zuständnisse, welche wir nur durch unsere Willens-Erklärung erlangen können, dieienigen Personen eigentlich ausgeschlossen sind, denen der Gebrauch des Verstandes, und mithin die Freiheit des Willens abgehet 277). So wenig also der Unmündige bei wirklich fehlender Freiheit des Willens sich verbindlich machen kann, eben so

wenig mag er sich auch unter diesen Umständen Rechte erwerben; und eben so wenig können Andere ausser ihm an einem Handel gebunden sein, dessen Bestand eine freie Willenserklärung voraussezt, der aber von Personen eingegangen ward, bei denen keine gehörige Willenserklärung statt findet. Sollte also die Sache allein nur nach den Gesetzen der Vernunft beurteilet werden: So würde auch hier das nemliche eintreten, was wir bereits in Ansehung der Verbindlichkeit des Pupillen angemerkt haben. In den Vorschriften des bürgerlichen Rechts hingegen werden beide Gegenstände nicht durchgängig gleich behandelt. Die Gesetze haben keinen andern Zweck, als das eigene Beste des Pupillen; nur um seinen Nachteil zu verhüten, ist ihm der Vormund zum Führer und Leiter in rechtlichen Angelegenheiten beigeordnet, und alles, was er ohne dessen Zustimmung vornimmt, für nichtig erklärt. Dieser Beweggrund cessiret aber, wenn der Fall eintritt, daß entweder der Nutze des Pupillen die Aufrechthaltung eines solchen Handels erheischet, oder wenn es darauf ankommt, ob andern Personen ausser ihm deshalb eine Verbindlichkeit aufzulegen? Um nun das Alter, in welchem der Mensch rechtliche Geschäfte gültig eingehen darf, genau zu bestimmen, so haben die Gesetze die Fähigkeit, **sich verbindlich zu machen**, möglichst weit hinausgesezt, — hingegen bei der Fähigkeit, **Rechte zu erwerben**, **andere sich zu verbinden**, den frühesten Termin bestimmet,

wo man nur irgend einige Begriffe bei dem Menschen erwarten kann, um den rechtlichen Handlungen desselben eine Wirksamkeit einzuräumen. So bald nämlich der Unmündige die Jahre der Kindheit zurückgelegt hat; sind die Geschäfte, welche man ohne Zuziehung des Vormundes mit ihm eingegangen, dergestalt gültig, daß von Seiner Seite auf die Erfüllung des Handels gedrungen werden kann, — daß mithin derienige, welcher einem Unmündigen etwas versprochen, seine Zusage halten müsse 278), — daß der Bürge, welcher für den Pupillen gut gesagt, mit Recht in Anspruch genommen werde 279), — daß der Gläubiger, welcher einen Pupillen zum Expromissor annimmt, seine Forderung gegen den Hauptschuldener nicht weiter urgiren könne, sondern der leztere völlig liberirt wird 280), — daß derienige, welcher mit einem Unmündigen ohne Einwilligung des Vormundes kontrahirt hatte, wann er in der Folge des Unmündigen Erbe wird, und mit den Legatarien wegen des falcidischen Viertels sich auszugleichen hat, seine ganze Forderung, mithin nicht blos dasienige, wodurch der Pupill locupletior geworden, in Anrechnung bringen könne 281), — daß endlich die Schuld des Pupillen eine Novation zulasse — 282) u. d. m. Bei Unmündigen hingegen, welche die Jahre der Kindheit noch nicht zurückgelegt haben, cessiret alles dieses gänzlich; der Infans kann weder sich, noch andere gültig verbinden, noch Rechte erwerben 283), wenn

 wir

wir die Besitzergreifung einer ihm tradirten Sache ausnehmen 284), wovon aber Coccei urteilt: quod ad ea pertineat, quae nudi facti sunt; non enim hic de *iure* quaeritur, sed de sola facultate rem tenendi cum animo sibi habendi, quae utraque requisita etiam penes infantem esse possunt 285). Wir glauben also nunmehro die ganze Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit der Pupillen in folgenden Sätzen concentriren zu können. I.) Soll die Sache ohne Rücksicht auf bürgerliche Gesetze lediglich nur nach den Vorschriften des Naturrechts beurteilet werden: So kann der Mensch in iedem Alter sich gültig verbinden, sobald er nur die gehörige Einsicht hat, und weiß, was er unternimmt. II.) Wenn aber die bürgerlichen Gesetze keine Verbindlichkeit des Pupillen anerkennen: So erstreckt sich doch dieses nicht auf dieienigen Fälle, wo die Obliegenheit ex ipsa re, ohne des Schuldeners Einwilligung entspringt. III.) Wenn hingegen der Pupill sich in einen Handel eingelassen, dessen Gültigkeit nur von des Vormundes Einwilligung abhängt: So kann ihm zwar nach individuellen Umständen eine natürliche Verbindlichkeit in conscientia obliegen; worauf aber in foro externo keine Rücksicht genommen wird, indem man hier den Pupillen als einen solchen behandelt, der sich zu nichts verpflichten können. IV.) Wenn aber der eigene Nutze des Pupillen die Aufrechthaltung solcher Geschäfte, welche er ohne Zuziehung seines Vormundes eingegangen, erheischet, wenn von Rech-

ten, welche er dadurch erwerben kann, von Verbindlichkeiten, welche Andern ausser ihm dadurch aufzulegen, die Rede ist: So behaupten die Rechtsgeschäfte des Pupillen, sobald er nur die Jahre der Kindheit zurückgelegt hat, ihren völligen Bestand.

254) L. 41. D. de condictione indeb.

255) L. 59. D. de O. et A.

256) L. 1. §. 1. D. de Novat.

257) L. 44. *D.* de Solut.

258) L. 21. D. ad L. Falcid.

259) L. 64. D. ad S. C. Trebell.

260) CVIACIVS ad L. 25. §. 1. D. quando dies legat. vel fideicomm. ced. Lib. XVIII. Quaest. Papin. gesteht freimütig: Sunt hac in re permultae leges, quae pugnant invicem, et est summus omnium labor, in eis adducendis in concordiam; fuit mihi olim maximus; et diu in desperatione fui. Am Ende glaubt er die verschiedenen Gesetze glücklich zu vereinigen, wenn er die Stellen, welche dem Pupillen eine natürliche Verbindlichkeit auflegen, blos von dem Falle erklärt, da der Pupill mit dem Schaden eines andern sich reicher befindet. **Cuiaz** ist nicht der Erste, welcher diesen Ausweg gelehret; schon **Martinus** hat sich dessen bedient, wie **Donell** angemerket: Tradita haec distinctio a Martino, et repudiata iam olim a veteribus interpretibus, nostra aetate refricatur a *quibusdam* et pro certissima nobis obtruditur, sine alia probatione. ad L. 127. de V. O. p. m. 375 Andere Versuche, den Widerspruch der angeführten Gesetze zu heben, findet man beim *Tim.* FABER Dissert. VIII. ad Inst. thes. XI. *I. O.* WESTENBERG

berg Diſſert. I. de cauſ. oblig. §. 14. *Hugo* donellus l. c. und Lib. XII. Comment. iur. civ. cap. 2 *Ulr.* huber Lib. 3. Prael. ad Inſt. Tit. 20. §. 2. *Georg* d'arnaud Lib. 2. var. conieſt. cap 22. Den mehrſten Beifall ſcheint die Meinung gefunden zu haben, daß man einen Unterſchied machen müſſe, zwiſchen pupillis pubertati proximis, und infantiae proximis; dergeſtalt, daß iene durch Verträge ſich naturaliter verpflichten könnten; dieſe aber nicht. hoepfner elem. iur. civil. §. 734. wogegen aber donellus ad L. 127. D. de V. O. wichtige Erinnerungen vorträgt.

261) *Chriſt.* thomasius *ad Huberi* Prael. iur. civ. Lib. 3. Inſtit. Tit. 21. §. 3. *Emund.* merillius Lib. VII. Obſervat. iur. civil. Cap. V. *Gottfr.* mascov de ſectis veterum iuris conſ. Cap 9 pag. 192. *C. F.* walch ad Eckhardi hermeneut. iur. pag. 300.

262) schulting *de naturali obligatione* Cap. 10. imgleichen in ſeinen *Theſib. controverſ.* iuxta ſeriem Digeſtorum Decad. VII. §. 8. donell. ad L. 127. D. de V. O. westenberg de cauſ. obl. Diſſ. 1. Cap. 4. §. 14. *Ioach.* hopp ad pr. I. de auctor. tut.

263) cuiacius ad L. 127. D. de V. O. *Sam.* de cocceii *iur. controv.* Lib. 2. Tit. 14. Quaeſt. 30. huber Praelect. ad inſtit. Lib. 3. Tit. 20. §. 4.

264) Neueſte Juriſtiſche Litteratur, Erlangen 1778, 2ter Band, Seite 130. Eben ſo urteilt schulting *de obligatione naturali* Cap. 10.; Pupillos, ubi intellectus ſunt capaces mero naturali iure valide omni ex cauſa obligari liquet; etſi quoto id fiat anno naturalis ratio non determinet; ſiehe auch grotius de iure belli et pacis II. XI. 5. Fr. Glafey Vernunft- und Völkerrecht, Seite 436.

265) L. 46. D. de O. et A.

266) HAHN *ad Wesenbec.* lib. 3. Tit. 5. n. 3.

267) HVBER Lib. 3. Prael. ad Inst. Tit. 20. §. 2.

268) §. 1. Inst. de inutil. stipul. L. 3. §. 4. D. de negot. gest. §. 1. I. quib. mod. re contrahitur oblig.

269) In Ansehung der Condictionis indebiti könnte indessen noch ein Zweifel entstehen. Zwar heist es im §. 1. Inst. Quib. mod. re contrah. oblig. ausdrücklich: Pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione. Allein da diese Klage ihrer Natur nach überhaupt nur wider denienigen mit glücklichem Erfolg angestellet werden kann, welcher sich durch die empfangene Nichtschuld reicher befindet, L. 3. und 65. §. 8. D. de cond. indeb.: So scheint der Pupill, wenn solches bei ihm zutrift, keinesweges davon auszunehmen. Vielleicht ist die etwanige Schwierigkeit folgendergestalt gehoben. Wird die Nichtschuld von einem Grosiährigen zurückgefordert: So darf der Kläger sein fundamentum agendi nur in der aus Irrtum geschehenen Zalung gründen; und dem Beklagten liegt der Beweis ob, daß er dadurch nicht locupletior geworden. Wird hingegen wider einen Pupillen geklagt: So macht ihn der blosse Empfang der Nichtschuld noch keinesweges verbindlich, sondern der Kläger muß selbst den Grund der Klage darinn setzen, daß Beklagter sich durch das indebitum reicher befinde; und folglich tritt unter diesen Umständen eigentlicher die sogenannte condictio sine causa ein.

270) L. 13. §. 1. D. de dolo malo. L. 23. D. de furtis. L. 111. D. de Reg. iur. L. 4. C. auct. tutor. COCCEII iur. controv. L. 2. Tit. 14. Qu. 30. 31.

271) In Ansehung der Strafe ist die Sache ohnehin so evident, daß sie keines Beweises bedarf. Man sehe inzwischen L. 3. §. 1. de iniur. L. 12. ad L. cornel. de Sicar. L. 14. D. de off. Praesid.

272) Dies behauptet MENCKE ad Pand. Lib. 47. Tit. 1. §. 14. SCHAUMBURG Compend. Digest. L. 9. Tit. 1. §. 3. SCHMIDT Instit. iur. civ. §. 423. HOMMEL Rhapsod. Quaest. Obs. 567. von Tevenar Versuch über die Rechtsgelahrheit, Seite 58.

273) Zwar behauptet THOMASIUS Diss. Larva legis Aquil. § 9. Tom. 2. Dissert. Halae 1773. seqq. edit. pag. 851. imgleichen GRIEBNER de incestis cum novercae matre nuptiis coroll. 2, daß nach Vorschrift des Naturrechts die Vergütung des Schadens aus dem Vermögen des Rasenden geschehen müsse; weil es nicht abzusehen, warum der Unsinn und die Raserei eines Menschen andern mehr als ihm selbst nachteilig werden solle. Da aber die Gesetze der Vernunft zu einer jeden verbindlichen Handlung erfordern, daß sie ihrem Urheber zu imputiren sei, dieses aber bei rasenden und wahnsinnigen Leuten wegfällt: So ist der Schade, welchen sie anrichten, offenbar ein damnum casuale, weshalb derjenige, den es trift, keine Vergütung fordern kann. Gundling erläutert die Sache durch folgendes Beispiel: „Es ist einer vom Gerüste auf „einen andern gefallen, welchem er den Arm „entzwei gebrochen. Dieser wollte den Schaden „ersezt haben; ein närrisches petitum! Was kann „einer dafür, der oben von dem Gerüste fällt. „Eben so einem Kinde, einem furioso kann „nichts imputirt werden, wenn sie Schaden thun, „weil kein intellectus distinctus vorhanden ist; „und da bei ihnen kein wahrer dolus oder culpa „statt findet: So kann man ihnen auch nichts abfor-

„abfordern. Es ist ein casus. Casus autem est „extra facientis factum; das factum ist nicht „meine, und kann mir also auch nicht imputirt „werden; Fällt die Imputation weg: So kann „mich auch Niemand anhalten ad damnum repa„randum." **Discours über das Natur- und Völkerrecht**, Seite 139. und 142. Das ist deutlich; wenn man gleich hier und überhaupt von diesem Schriftsteller sagen kann: Est velut in rudi aedificio firmus sane paries et duraturus; sed non satis expolitus et splendens. TACITUS.

274) Man hat zwar aus den L. L. 5. §. 2. und 33. §. 1. D. ad L. Aquil. das Gegenteil beweisen wollen. Allein das erstere Gesetz scheinet vielmehr unsere Meinung zu bestätigen. Es enthält folgende Worte des **Ulpian**: Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an L. Aquil. actio sit? Et Pegasus negavit; *Quae enim in eo culpa sit, quum suae mentis non sit?* Et hoc est verissimum, cessabit igitur aquil. actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, aut si tegula ceciderit. Ulpian gesteht hier selbst, daß ein blosses damnum casuale vorhanden sei, und erklärt eben darum die Klage unzulässig. Wie man also aus seinen Worten herleiten könne, daß die Schadensersetzung aus dem Vermögen des Wahnsinnigen erfolgen müste; ist nicht abzusehen. Die Vergleichung, deren sich der Jurist bedient, cessabit actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, soll doch wol keinen Grund dieser Auslegung abgeben? Denn darum, weil die Klage aus dem Aquilischen Gesetze in beiden Fällen wegen einerlei Ursache cessiret: So folgt noch nicht, daß, da im leztern Falle durch besondere Vorschriften des positiv Rechts die actio noxalis eintritt, eben so auch zur Ersetzung des Schadens aus den Gütern des

Kindes oder des Wahnsinnigen eine Klage statt finde. Dem Rechtslehrer Ulpian ist dieses um so weniger in den Sinn gekommen, da er dem erwehnten Beispiele: si quadrupes damnum dederit, zugleich ein anders beifügt; *aut si tegula ceciderit*, wobei sicher gar keine Klage statt findet. Kurz, da das Naturrecht dem Beschädigten die Befugniß nicht giebt, aus dem Vermögen des Kindes und Wahnsinnigen den Ersatz zu fordern, so sind ganz bestimmte Verordnungen des positiven Rechts nötig, wenn er dazu berechtiget werden soll. Der Sachsenspiegel Lib. 2 art. 65. und Lib. 3. art. 3 enthält zwar eine solche Verordnung. Man irret sich aber ungemein, wenn man dergleichen in L. 33 D. ad L. Aquil. gefunden zu haben vermeinet. In dem Gesetze, womit wir uns bisher beschäftigten, hatte Ulpian gelehrt, daß aus dem Aquilischen Gesetze nicht geklagt werden könne, wenn ein Kind oder Wahnsinniger Schaden angerichtet; nun sagt Paullus an diesem Orte: In damnis, quae lege aquilia non tenentur, in factum datur actio. Und diese Klage soll daher auch im erwehnten Falle dem Beschädigten zustehen. Unrichtiger ward wol nie argumentirt. Denn wenn der Rechtslehrer da, wo die eigentliche Klage aus dem aquilischen Gesetze wegfällt, dem Beschädigten die Befugniß beilegt, in factum zu klagen: So kann unmöglich seine Meinung dahin gehen, daß die leztere Klage ohne Unterschied, ob der Schade vorsetzlich, oder aus Fahrlässigkeit, oder durch ein Ungefehr angerichtet worden, immer durchgängig statt finde. Da nämlich diese Klage allemal voraussezt, daß dem Kläger nach dem Naturrechte, ein gewisser Anspruch zustehe: So sind auch die Worte des Paullus unstreitig nur von denen Fällen zu verstehen, wo zwar die Vorschrift des positiven Rechts dem

Belei-

Beleidigten nicht zu statten kommt, wol aber die natürliche Billigkeit. So erklären es unsere Gesetze selbst: Quodsi non corpore damnum fuerit datum, neque corpus laesum, sed alio modo alicui damnum contigerit, quum non sufficiat neque directa legis aquil. actio, neque utilis, placuit, *eum qui obnoxius fuerit* in factum actione teneri, veluti, si quis alienum servum compeditum soluerit, ut fugeret; §. ult. I. de L. Aquil. Nur wider denienigen, qui obnoxius fuerit, soll also in factum geklagt werden können. Wie mag man dieses in dem Falle zutreffend glauben, wo alle Imputation gänzlich wegfällt, wo nichts als ein damnum casuale vorhanden, und wo daher selbst nach den Gesetzen der Vernunft, ohne deren Beistand die actio in factum gänzlich wegfällt, keine Verbindlichkeit zur Verhütung des Schadens vorhanden ist. CARPZOV Quaest. crim. 143. n. 15. 16. und Qu. 145 n. 21. BERGER iurispr. crim. p. 145. LEYSER Spec. 532. Med 1. 2 3. QVISTORP **Grundsätze des peinlichen Rechts** §. 38.

275) Wie selten auch immer der Fall sein möge; so wird man ihn doch als möglich zugeben. Freilich hat **Gundling** so ganz unrecht nicht, wenn er a. a. O. Seite 188. sagt: „Mit Pupillis, „Minoribus, und mit Weibern ist es gut, daß „sie nicht allein contrahiren. Du magst sagen, „was du willst; es ist allezeit die Präsumtion, „daß du sie willst betrügen.“

276) §. 9. I. de inutil. stipul. L. 41 D. de condict. indeb.

277) GROTIVS *de iure belli ac pacis*, Lib. 2. cap. 11. §. 14.

278) §. 9. I. de inutil. stipulat. in den Worten: alium sibi obligare potest.

279) FROMMANN de obligatione naturali §. 51.: Pupilli quantum ad ipsos nec naturaliter tenentur ex suis conventionibus; dico: *quantum ad ipsos*. Nam quantum ad praeiudicium aliorum, ut nulla prohibitione civili opus fuit, sic valida manet ipsorum obligatio, quare recte et efficaciter quidem fideiussor eidem accedit. Durch diese Anmerkung glaubt er auch zugleich den Widerspruch zu heben, welchen man in Ansehung der natürlichen Verbindlichkeit des Pupillen in den römischen Gesetzen antrift. So lehrt auch *Hugo* DONELLVS ad L. 127. D. de V. O. p. 376.: Si a persona pupilli discesseris, omnibus aliis ea obligatio tam prodest re ipsa aut nocet, quam si alius quivis fuerit iure obligatus; imgleichen SCHVLTING *de obligatione naturali* Cap. 10. p. 27. Von der Verbindlichkeit des Bürgen werden wir unten in einem besondern Abschnitte ausführlicher zu handeln haben.

280) §. 3. I. Quib. mod. toll. oblig. FROMMANN cit. loc. wie auch DONELL in den Worten: Prodest ea obligatio debitori, quem creditor liberare voluit novatione, dum hic, quod sibi ab alio debetur, stipulatur a pupillo, novandi animo. Liberatur enim debitor hac stipulatione non minus, quam si creditor ab alio quovis stipulatus esset; non alia de causa, quam quod ex ea stipulatione nata est obligatio vere naturalis, in quam prior transfusa novationem peperit, ac sine eo nulla facta esset novatio.

281) *L. 95. §. 2. D. de Solution.* Si creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, heres ei extitit, non, quanto locupletior pupillus factus est, consequeretur, sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet. NELLER *de obligatione naturali* §. 21.

282)

282) L. 1. §. 1. D. de Novat. NELLER c. l. §. 16. not. x.: Novare potest pupillus obligationem, quam abusive contraxit, in novam abusivam, absque tutore. Novare potest illam in civilem, *cum tutore* vel etiam absque hoc, si sui iuris factus est.

283) Die Regel: Pupillus alium sibi obligare potest, etiam sine tutoris auctoritate, §. 9. I. de inutil stipul. wird gleich darauf §. 10. ibid. dahin erläutert: Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, *qui iam habent aliquem intellectum*. Nam infans, et qui infantiae proximus est, non multum a furioso distant; quia huiusmodi aetatis pupilli nullum habent intellectum. Doch heißt es auch schon von denen, welche nur über die Kindheit hinaus sind: *Sed in proximis infantiae propter utilitatem eorum benignior iuris interpretatio facta est, ut idem iuris habeant, quod pubertati proximi.* STRYCK cautel. contract. Sect. I. Cap. 2. CLAPROTH *iurispr. heurem.* §. 6. Ganz vorzüglich verdient VINNIUS *Comment. ad Institut.* über diese Stelle nachgelesen zu werden.

284) L. 3. C. de adquir. vel amitt. possess.

285) COCCEII iur. controv. Lib. 2. Tit. 14. Qu. 30.

§. 72.

Ueber die natürliche Verbindlichkeit des Minderiährigen, in Rücksicht auf die Vorschriften des römischen Rechts.

Wenn schon Unmündige nach den Vorschriften des Naturrechts überhaupt sich allerdings verbindlich machen können; wenn es Fälle giebt,

wo den Pupillen selbst ohne des Vormundes Einwilligung eine in bürgerlichen Gerichten völlig wirksame Verbindlichkeit treffen kann; wenn die Rechtsgeschäfte desselben wenigstens in so ferne immer gültig sind, als sein eigenes Interesse ihre Aufrechthaltung erfordert, oder von Verbindlichkeiten Anderer die Rede ist: So leidet dieses alles in Ansehung der Minderiährigen noch weniger Zweifel 286). Ob aber ausser diesen Fällen die Rechtsgeschäfte minorenner Personen ohne vormundschaftlichen Beistand, nach eben den Grundsätzen zu behandeln sind, welche nach Anleitung des vorigen §. bei den Unmündigen eintreten, dergestalt, daß der Minderiährige, wenn er selbst in Anspruch genommen wird, wenigstens in bürgerlichen Gerichten 287) als ein solcher anzusehen, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit obliegt? ist eine Frage, über deren Entscheidung sich die Gelehrten gleichfalls noch sehr uneinig sind. Nach römischen Rechten bekam der Minderiährige bekanntlich nicht wider seinen Willen einen Vormund, sondern nur alsdann, wann er selbst darum anhielte 288); war ihm aber Einmal ein Vormund beigeordnet: So stand es ihm nicht frei, denselben nach Gutbefinden wieder abzudanken, sondern er blieb bis zur erlangten Grosiährigkeit unter Curatel 289). Derienige nun, welcher keinen Vormund hat, kann nach römischen Gesetzen, seines minorennen Alters ungeachtet, in der Regel über das Seinige frei disponiren, und durch rechtliche Handlungen sich

sowol,

sowol, als Andern eine rechtsgültige Verbindlichkeit auflegen; nur wann er eine nicht ganz unbeträchtliche Laesion darthun kann, ist ihm das beneficium restitutionis gestattet 290). Steht aber der Minderiährige Einmal unter Kuratel: So kann er in Dingen, welche sein Vermögen betreffen, ohne Zustimmung des Vormundes sich keineswegës verbindlich machen; sondern die ganze Handlung ist nichtig So ist die Sache wenigstens durch folgende Verordnung bestimmt: *Si curatorem habens* minor quinque et viginti annis, post pupillarem aetatem res vendidisti, hunc contractum servari non oportet, quum non absimilis ei habeatur minor curatorem habens, cui a Praetore curatore dato bonis interdictum est — Si vero *sine curatore constitutus* contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis 291). Daß nun in Grundlage dieses Gesetzes dem Minderiährigen, welcher mit keinem Vormunde versehen ist, nicht nur eine natürliche, sondern auch bei nicht erweislicher Laesion eine bürgerliche Verbindlichkeit obliege, dasienige, wozu er sich anheischig gemacht, zu erfüllen: ist eben so ausgemacht, als daß im Gegenteil der minor, dem ein Vormund zugeordnet ist, ohne des leztern Einwilligung sich nicht verbindlich machen könne, vielmehr in Gerichten so behandelt werde, als ob ihm auch keine natürliche Verbindlichkeit aus dem getroffenen Handel obliege; dergestalt, daß nicht allein keine

Klage

Klage wider den Minderiährigen statt findet, sondern auch die etwa geschehene Erfüllung seines unverbindlichen Versprechens zurückgefordert werden könne. Da der unter Vormundschaft stehende Minderiährige dem gleich geschäzet wird, cui a Praetore, curatore dato, bonis interdictum est; so ist die Sache über alle Zweifel hinweg 292). Dessen ungeachtet hat es von Zeit zu Zeit nicht an Rechtsgelehrten gefehlet, welche mittelst Verwerfung des Unterschiedes zwischen Minderiährigen, die keinen Vormund haben, und solchen, welche damit versehen sind, behauptet haben, daß auch die Handlungen der leztern wegen fehlender vormundschaftlicher Einwilligung keineswegs ipso iure für null und nichtig zu achten. Man beruft sich deshalb auf eine andere Stelle in dem römischen Gesezbuche, welche so lautet: Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari 293). Andere, welche das Gegenteil lehren, haben alle mögliche Hülfsmittel aufgeboten, um diese Stelle mit der obigen in Harmonie zu setzen 294); selbst die Kritik hat es gewagt, durch veränderte Lesart der Schwierigkeit abzuhelfen 295); im Grunde aber hat man sich selbst die Sache wol schwieriger gemacht, als sie wirklich ist. Daß nach Anleitung des erstern Gesezes die Handlungen eines unter Vormundschaft stehenden Minderiährigen durchaus null und nichtig sind, wenn der Curator nicht eingewilligt hat, ergiebt der Augenschein, und ist zum Ueberfluß von **Donell** 296) gegen alle nur erdenkliche Einwürfe

würfe in Gewisheit gesetzet. Da nun gedachte Verordnung in den Justinianischen Kodex aufgenommen worden: So ist leicht zu erachten, daß sie durch die andere Stelle in den Pandekten nicht umzustossen sei. Dahin gehöret nun das zweite Gesetz, dessen Worte wir zulezt angeführet haben; und folglich sind nur zwei Fälle möglich: Entweder diese Stelle enthält wirklich das Gegenteil von dem, was die kaiserliche Verordnung vorschreibt, oder nicht, sondern man kann beide in gewissem Betrachte als wahr und richtig annehmen. Ich halte das leztere gar nicht unmöglich, sondern finde vielmehr die Koniektur, daß beide Stellen nicht von einem und demselben Gegenstande handeln, wenigstens sehr wahrscheinlich. Denn bekanntlich ist der Minderiährige vorzüglich nur in Rücksicht der Verwaltung seines Vermögens der Curatel unterworfen, wogegen er in rechtlichen Angelegenheiten, welche blos seine Person angehen, für sich allein gültig handeln kann; daher auch nach gemeinen Rechten der Minor, wenn er sich verloben, oder eine Heirath schliessen will, keines Vormundes bedarf. Daß nun L. 3. C. de in integr. restitut. das erstere nur zum Vorwurf habe, ist aus den Worten klar ersichtlich, indem darin von Sachen, welche der Curande verkauft hatte, die Rede ist. Wie wenn nun die den Auslegern so beschwerliche L. 101. de Verb. Obl. blos das leztere, nemlich solche Rechtsgeschäfte des Minderiährigen, welche eigentlich nur seine Person concerniren, z. B. die

Verlobung, zum Gegenstand hätte? Die Worte selbst enthalten wenigstens nichts wider diese Vermutung; weil der Jurist keinesweges erklärt, daß er von solchen Stipulationen, wodurch der Minderiährige über sein Vermögen disponiret, verstanden sein wolle. Gegenteils druckt er sich wolbedächtlich nur dahin aus, daß es Fälle geben könne, wo der Minderiährige ohne seinen Curator sich verbindlich machen könnte. Er behauptet also nicht gerade zu, daß der Minderiährige, wenn er auch ohne Vormund gehandelt, dennoch durchgängig obligirt werde: sondern er sagt nur: Puberes sine curatoribus suis obligari *possunt*; was hindert uns also, dieses *possunt* blos auf dieienigen Fälle, wovon wir wissen, daß sie die Concurrenz des Vormundes nicht erfordern, zu beschränken; da uns doch der ganze Zusammenhang, in welchem der Jurist ienes geschrieben hat, nicht aufbehalten worden; folglich das Gegenteil mit Gewisheit nicht erwiesen werden kann 297). — Gesezt aber, man wollte dennoch behaupten, daß nach Vorschrift der Pandekten am angeführten Orte, die Geschäfte eines Minderiährigen, welche ohne Einwilligung des ihm beigeordneten Vormundes geschlossen worden, in keinem Falle ipso iure für null und nichtig anzusehen: So würde das angezogene Gesetz der Verordnung im Kodex am Ende dennoch weichen müssen, folglich die Meinung, welche mit der L. 3. C. de in integr. restitut. übereinstimmet, auf alle Fälle den Vorzug verdienen 298). So

weit

weit vom römischen Rechte. Ob aber nach teutschen Gesetzen die Sache sich eben so verhalte? davon im folgenden Paragraph mit mehrerem.

286) COCCEII iur. controv. L. 2. Tit. 14. Qu. 31. am Ende.

287) Was die Verbindlichkeit in conscientia anbetrift, welche der menschliche Richter nicht attendiret: So beziehen wir uns auf dasienige, was wir bereits im vorhergehenden deshalb vorgetragen haben. Sollte inzwischen der Minderiährige sich eines wirklichen doli schuldig gemacht, oder nach erlangter Grosiährigkeit den Handel ratihabirt haben: So darf er bekanntlich von den ihm sonst verliehenen Rechtswohlthaten nicht weiter Gebrauch machen. VOET tit. de Minorib. §. 43 und 44.

288) SCHVLTING *ad Ulpiani fragmenta* Tit. 12. not. 11. in iurispr. anteiust. pag. 606 *Georg Conr.* CRVSIVS Dissert. *ad Constit. D. Marci de curator. Minor.* in Fellenberg. iurisprud. antiqua Tom. 2. AMAGA Lib. 1. Observ. Cap. 8. n. 15. und andere mehr behaupten zwar das Gegenteil. Wenn wir aber neben den LL. 13. §. ult. D. de tutor. et curator. datis, 43. §. 3. D. de curator. und 3. C. de in integr. restit. die ausdrücklichen Worte des §. 2. Inst. de Curat. *inviti adolescentes curatores non accipiunt*, in Betrachtung ziehen: So wird unsere Behauptung dadurch zur Gnüge bestätiget. cf. VINNIVS ad §. 2. I. de Curator. HETZER Diss. ad legem Laetoriam §. 12. Die Erklärung, welche **Schulting** und **Cruse** bei der angezogenen Stelle versuchen, daß nemlich **kein anderer** für den Minderiährigen einen Vormund, der ihm misfällig, erbitten könne, daß aber der Minor schuldig sei, selbst um einen

Vormund anzuhalten, folglich die Curatel doch immer notwendig bleibe, ist sehr gezwungen, und dem Inhalte des Textes gerade entgegen, weil derselbe im allgemeinen verordnet: inviti adolescentes curatores *non accipiunt*.

289) Hoepfner im theoretisch-praktischen Kommentar über die Heineccischen Institutionen, §. 226.

290) So auch dem Minderjährigen, welcher mit Zuziehung des ihm beigeordneten Vormundes gehandelt und demnach laediret worden. Ausführlicher hievon, imgleichen von den Fällen, in welchen die Restitution dem Minderjährigen nicht zu statten kommt, handelt VOET *Comment. ad Pand.* Lib. IV. Tit. IV. §. 43. sequ.

291) L. 3. C. de in integrum restitut.

292) Argum. L. 6. D. de Verb. Obl. *Is, cui bonis interdictum est, tradere non potest, vel promittendo obligari.*

293) L. 101. de Verb. oblig. Unter mehreren, welche in Grundlage dieses Gesetzes behaupten, daß der fehlende Consens des dem Minderjährigen wirklich beigeordneten Vormundes die Rechtsgeschäfte des Curanden an sich nicht ungültig mache, sondern nur bei erweislicher Laesion die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen sei, mag es genügen, folgende hier anzuführen: ZACHAR. HUBER Diss. *de obligatione puberum* ad L. 101 D. de Verb oblig. Cap. 7. *Ioh. Gottl.* HEINECCIUS *in notis ad Vinn. comment. Inst. Lib. III. Tit. 20. §. 9. Ioh. Guil* MARCKART interp. recept. iur. civil. lect. Lib. I. Cap. 21. *Ioh. Lud. Ern.* PUTTMANN Diss. *de Saluiano interdicto* Cap. V. not. m. imgleichen in seinen Probabil. Lib. I. pag. 149.

294) *Arnold.* VINNIVS ad §. 9. I. de *inutil. ſtipulat.* *Vlric.* HVBER Prael ad Inſt. L. 3. Tit. 20. n. 4 et ad Pand L. IV Tit. 4. §. 2. BERGER reſolut. leg. obſtant. Lib. 28. Tit I. Qu. 3. *Hugo* DONELLVS ad L IOI. D. de Verb. obl. *Sam de* COCCEII iur. controv. Lib. 2. Tit. 14 Qu 31.

295) Einige halten dafür, man müſſe ſtatt poſſunt ex ſtipulato *obligari* leſen: *obligare*; andere ſind noch dreiſter und ſchieben das Wörtgen *non* ein: Puberes ſine curatoribus ſuis *non* poſſunt ex ſtipulatu obligari. Damit iſt denn freilich die Sache gleich ins Reine gebracht. Man ſehe hierüber *Gerard* NOODT de pactis transaction. cap 20. *Sim. van* LIEVVEN in additamentis ad notas Gothofredi ad L. IOI. D de Verb. oblig PAGENSTECHER *de iure* ventris p. 4. viſ. I. §. II. et in ſicilim. Manip. 4 p 40. apud MOLLENBEC. *theſaur. iur. civil.* p. 149.

296) ad L. IOI. D. de Verb. obl. l. c.

297) So erklärt VOET comment. ad Pand. Lib. 4. Tit. 4 § 52. die angezogenen Worte des Modeſtinus in L. IOI. de Verb. obl. Non, ſagt er, quod ſemper et omni caſu ſine curatoribus obligarentur, ſed quod aliquando caſus dentur, *quibus obligari poſſint*, puta, ſi obligatio ex ſtipulatu non poſt ſe trahat rei familiaris diminutionem ad ſui implementum, ſed ſola perſonalis facti praeſtatione contenta ſit; quod in ſponſalibus nuptiisque apparet etc Mit dieſem ſtimmt auch überein *Ioh.* ROBERTVS animadverſ. iur. lib. I. cap 12 wiewol ſein Gegner *Anton. Mercator* (*Iac. Cuiacius*) verſchiedenes dawider einzuwenden verſucht hat; in notis ad Robert. l. c.

298) Dies glaubt nun zwar Donell, am angeführten Orte, und dieienigen keinesweges, welche überhaupt dem Kodex keinen Vorzug zugestehen. FRANZK Prooem. Comment. ad Pand. n. 17. *G. A.* STRYV. Syntagm. iur. civil. Exerc. I. §. 26. Tom. I. p. 60. *Em.* MERILLIVS Prolegom. ad quinquag. decision. in opusc. P. 2. p. 1.; weil der Kaiser Justinian die Pandekten als Gesetze, die von ihm selbst herrührten, bestätigt hat, und nach seiner Vorschrift keine Disharmonie unter beiden Theilen seines Gesetzbuchs statt finden soll. L. 2. C. de vet. iure enucleando. Ein anderes aber ist es, wie die Sache nach der Absicht des Kaisers beschaffen sein **sollte**; ein anders, ob sie wirklich so beschaffen sei. Das leztere mögte man schwerlich beiahen können; weil es häufig mit der luculenta sacratissimarum constitutionum consonantia, worauf sich der Kaiser und sein Kanzler so vieles zu gute thun, sehr mislich aussiehet. Und in solchem Falle bleibt doch sicher nichts weiter übrig, als nach der bekannten Regel: lex posterior derogat priori, den Vorzug zu bestimmen. *C. F.* WALCH introd. in controv. iur. civil. §. 3.

§. 73.

Nach teutschen Gesetzen und dem heutigen Gerichtsgebrauche.

Wenn sich auch nicht behaupten liesse, daß nach teutschen Rechten aller Unterschied zwischen Unmündigen und Minderiährigen, zwischen Tutoren und Kuratoren gänzlich wegfalle 299): So ist doch so viel ausgemacht, daß die römische Distinction zwischen Minderiährigen, die mit einem

einem Vormunde versehen sind, und solchen, die es nicht sind, in Teutschland nicht statt finde 300). Unsere Reichsgesetze verordnen, daß den Unmündigen sowol, als den Minderiährigen, ohne Ausnahme Vormünder beigeordnet werden sollen 301. Wir haben also solche Minderiährige nicht, denen die freie Verwaltung ihres Vermögens zustehet, von deren Willkühr es abhängt, ob sie sich einen Curator erbitten wollen oder nicht, und die also im leztern Falle über das Ihrige rechtsgültig selbst disponiren könnten. Mithin finden auch die Vorschriften des römischen Rechts in dieser Hinsicht bei uns keine Anwendung. Vielmehr gilt dasienige, was das römische Recht nur von solchen Minorennen ordnet, welche wirklich einen Vormund haben, bei uns von allen Minderiährigen ohne Unterschied, weil sie alle nach unsern Gesetzen unter Vormundschaft stehen sollen, und Niemandem vor erlangter Grosiährigkeit die eigene Verwaltung seines Vermögens gestattet ist. Hieraus folgt, daß heutiges Tages alle Rechtsgeschäfte der Minderiährigen, ohne des Vormundes Einwilligung, durchaus null und nichtig sind, und daß ein ieder Minderiährige in unsern Gerichten als ein solcher zu behandeln sei, dem auch keine natürliche Verbindlichkeit aus seinem Versprechen obliegt; gesezt auch, daß das leztere zu einer Zeit geschehen, da er noch ohne Vormund war 302).

299) *August.* LEYSER *de historia iuris tutelaris apud Germanos*, Helmst. 1726. in seinen Medit.

Medit. ad Pand. Spec. 327. *Ioh. Pet. de* LVDWIG *Dissertationes de Different. iuris Romani et German. in tutelis, Halae* 1712. und 1713. *in opusc. miscell.* Tom. 2. Lib. 4. Nro. 3. 4. 5. 6. BERGER *de hodierna tutorum et curatorum differentia* in dessen Opusc. Nro. 4. GAERTNER *Dissert. iure germanico inter tutores et curatores non distingui*, Lips. 1732. — PVFENDORF Tom. I. Obs. 8. behauptet zwar, daß die Teutschen eben so, wie die Römer, unter Pupillen und Minorennen distinguirt, und die leztern sich einen Curator wählen können, wenn sie gewollt hätten. Man sehe aber KORTHOLT *Dissert. de differentiis iuris Romani et Heilbronnens. in tutelis* §. 20. *sequ.*

300) STRYCK U. M. Pandect. Lib. 26. T. I. §. 7. LEYSER Spec. 346. m. 2. HELLFELD iurispr. forens. §. 1395. **Struben** rechtl. Bedenken Th. 3. Num. III. p. 380.

301) R. P. O. v. 1548. §. 31. **Daß den Pupillen und Minderiährigen iederzeit, bis sie zu ihren vogtbaren und mannbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden sollen.**

302) Struben a. a. O. in den Worten: „Die Römer erlaubten dem Minderiährigen die Veräußerung des Seinigen nicht, wann er einen „Curatorem hatte; da nun in Teutschland alle „Minderiährigen solchen haben müssen: So folgt „daraus, daß keiner ohne Zuthun eines Vormundes etwas veräußern dürfe.“ Diesemnach entscheidet die gegenwärtige Frage LAVTERBACH *de solut.* Th. 5. sehr wohl folgendergestalt: Nostris moribus, quibus minores etiam inuiti curatores accipere tenentur, distinctio inter minores,

minores, qui curatorem habent, et non habent, non magnae utilitatis esse videtur, ita, ut hodie minores, licet curatorem non habeant, nil tamen valide de rebus suis alienare possint. Einige vermeinen zwar, es folge nicht, daß, weil dem Minderiährigen wider seinen Willen ein Vormund zu bestellen ist, er ohne denselben sich nicht gültig verbinden könne; welches ihm kein Reichsgesetz verbiete. SIBETH *de alienatione minorum valida et invalida*, §. 66.: „allein es folgt allerdings das leztere aus dem „erstern. Mit Vernunft können bei uns die „römischen Gesetze, welche aus einem Principio „herfliessen, so in Teutschland verworfen ist, „nicht eingeführet werden." Man sehe auch COCCEII *iur. controv.* Lib. 2. Tit. 14. Qu. 31. in fine.

§. 74.

Von der Nichtigkeit solcher Handlungen, welche gegen verbietende Gesetze unternommen worden, und ob eine gültige Entsagung der leztern statt finde.

Indem die Gesetze diese oder iene Handlung verbieten: So wird eben dadurch den Untertanen die moralische Befugnis dazu entzogen. Wie nun von dieser Befugnis die Gültigkeit und rechtliche Wirkung der Geschäfte abhängt: So verstehet es sich von selbst, daß das bürgerliche Verbot die Nichtigkeit solcher Handlungen, welche dagegen unternommen werden, nach sich ziehe.

Schon die gesunde Vernunft überzeugt uns von dieser Regel 303), und die deutlichsten civil Gesetze haben das nämliche wiederholet 304). Denken wir uns ferner ein verbietendes Gesetz: So läßt sich damit ohne Widerspruch nicht verbinden, daß es den Untertanen erlaubt sei, demselben nach Gutbefinden entgegen zu handeln. Die Freiheit, dem bürgerlichen Verbote zu entsagen, würde aber eine solche Befugnis involviren, und folglich ist die zweite Regel, daß gegen verbietende Vorschriften der Gesetze keine Entsagung statt finde, eben so klar, und über alle Zweifel hinweg, als die erstere 305). Weil aber dennoch in einigen Fällen diese Regeln gewissermassen eine Ausname finden, verbotene Rechtsgeschäfte nichts destoweniger aufrecht bleiben, auch hin und wieder eine Entsagung dagegen zugelassen wird: So hat dieses in manchen Systemen der natürlichen und bürgerlichen Jurisprudenz zu verkehrten und fehlerhaften Vorstellungen der Sache überhaupt Gelegenheit gegeben. Denn anstatt diese besondern Fälle für das, was sie wirklich sind, zu nehmen, und sie als nähere Bestimmungen, höchstens, als Ausnamen, welche die Gesetze selbst den obigen Regeln beigefügt haben, zu betrachten, geriet man auf den Abweg, iene allgemeine Sätze fast gänzlich außer Acht zu lassen, und statt derselben andere Regeln zu substituiren, oder doch wenigstens aus den Merkmalen der besondern Fälle, wo die Gesetze von der Regel abweichen, wiederum allgemeine

Vor-

Vorschriften zu abstrahiren, und dasienige, was dem Gesezgeber eigentlich nur bei gewissen einzelnen Fällen zum Bewegungsgrunde gedienet, schon sofort als Regel für mehrere Fälle aufzunehmen. **Grotius** und mit ihm verschiedene Rechtsgelehrte halten dafür, daß eine verbotene Handlung nur sodann auch zugleich als nichtig angesehen werden könnte, wenn das Gesez dieses ausdrücklich verordnet hätte 306). Da aber nicht abzusehen, warum dasienige, was die Natur der Sache schon mit sich bringt, nicht behauptet werden könnte, ohne erst durch besondere gesezliche Vorschriften angeordnet zu sein; da ferner der Buchstabe unserer civil Geseze selbst dieser Meinung gerade zuwider ist 307): So ist sie unmöglich zu rechtfertigen. Andere lassen zwar unsern obigen Saz als Regel gelten, aber sie fügen im allgemeinen die Ausname hinzu, daß, wann die Geseze etwas bei Strafe verbieten, ohne zugleich die Handlung selbst für nichtig zu erklären, sodann zwar die Strafe gebüsset werden müsse, das verbotene Geschäfte selbst aber seinen ungehinderten Fortgang behalte 308). Allein ist es notwendig, daß derienige, welcher Rechtsgeschäfte gültig schliessen will, die Befugnis haben müsse, solche einzugehen, fällt aber diese Befugnis hinweg, wenn der Gesezgeber den Handel untersaget: So kann die Nichtigkeit des leztern auch in dem Falle nicht bestritten werden, wenn dem verbietenden Geseze die Androhung einer Strafe beigefügt worden. Denn diese

soll

soll eben den Untertanen von Unternehmung des verbotenen Handels noch mehr zurück halten; keinesweges aber kann sie ihm zum Anlas dienen, sich die zur Gültigkeit des Geschäftes erforderliche moralische Befugnis beizulegen. Wann in einigen Fällen das Gegenteil zutrift: So ist nach Anleitung der besondern Beschaffenheit derselben der Grund davon zu erforschen, woraus sich bald ergeben wird, daß in andern Fällen keinesweges das nämliche zu behaupten sei. Z. B. Wenn eine Witwe vor Ablauf des Traueriahrs sich anderweitig verheiratet: So wird zwar die gesezliche Strafe verwirket, iedoch die obgleich verbotene Ehe selbst nicht annulliret 309). Der Grund ist leicht einzusehen; weil die zweite Verheiratung an sich und überhaupt den Gesetzen nicht zuwider ist; sondern das Verbot sich nur auf eine gewisse Zeit beschränket; folglich eine gänzliche Aufhebung der Ehe teils über die wahre Absicht des Gesezgebers hinausgehen; teils mit noch schädlichern Folgen verknüpft sein würde, als dieienigen sind, welche das Verbot der zu frühen Heirath verhüten soll; ohne einmal die leztere selbst, nachdem die Ehe bereits vollzogen worden, verhindern zu können. Eben der Umstand, daß der Fortgang eines verbotenen Geschäftes an sich so nachteilig und verwerflich nicht zu achten, als die anfängliche Eingehung desselben, ferner daß die Aufhebung des verbotenen Handels überwiegende schädliche Folgen veranlassen würde, enthält die Ursache, warum die

zwar verbotenen aber doch Dispensationsfähigen Ehen unter Anverwandten 310), imgleichen nach verschiedenen Gesetzen, die ohne Einwilligung der Eltern wirklich vollzogenen Heirathen nicht wieder getrennet werden 311). Wie wenig also dasjenige, was hier nach besondern Verhältnissen eintritt, für alle übrige Fälle, wo die Gesetze etwas bei Strafe verbieten, als Regel gelten könne, wird ohne weitere Erinnerung einem ieden von selbst einleuchten. Endlich wird von verschiedenen die Regel aufgestellet, daß den verbietenden Gesetzen, welche vorzüglich nur das Interesse gewisser Personen zum Grunde haben, von den leztern gültig renunciirt werden könne 312); man fügt aber so viele Einschränkungen hinzu, daß schon dadurch diese Regel ein misliches Ansehen erhält; z. B. wenn von solchen verbietenden Gesetzen, welche zugleich mit die gemeine Wolfahrt zum Vorwurfe haben, von Personen, welche wegen ihres Alters, Geschlechts ꝛc. nichts zu ihrem Nachteile vornehmen können, von Rechten, wobei zugleich das Interesse eines Dritten obwaltet, die Rede ist; woraus denn am Ende nichts weiter erhellet, als daß man den sichersten Weg erwählet, wenn man die Zulässigkeit der Entsagung in der Regel vornimmt, und nur in so ferne Ausnahmen davon anerkennet, als die Rechte selbst solche in einzelnen Fällen bestätiget haben. So zum Beispiele kann eine Frauensperson nach Justinianischen Rechten in gewissen Fällen dem Senatusconsulto Velleiano gültig entsagen 313);

wiewol die in Praxi angenommene Meinung, daß die erwähnte Entsagung durchgängig zu Recht bestehe 314), dem wahren Sinne und der Analogie der römischen Gesetze keinesweges angemessen ist 315).

303) PVFENDORF I. N. et G. Lib. 3. Cap. 7. §. 6. am Ende.

304) L. 5. C. de Legibus, *Io. Car. Christ.* CRELL de fructu et effectu negotii inutilis, nullius, et imperfecti, Vitemb. 1705. *Christ. Ferd.* HARPRECHT de effectibus actus nulliter gesti, Tub. 1750. *Ioann. Steph.* PÜTTER Theoria generalis de nullitate, Goett. 1759.

305) L. 7. §. 14. L. 38. D. de pactis L. 7. C. Vnde vi. L. 6. C. de pactis L. 15. D. de condit. institut.

306) *Aug. Wilh.* MEIER comment. de nullitate sententiarum sanabili et insanabili, Goett. 1777. §. 5. in den Worten: Quoties quaeritur, utrum factum aliquod prohibitum seu iniustum etiam statim invalidum seu nullum sit dicendum, toties, neglecta eorum sententia, qui a prohibitione facti alicuius, ad nullitatem eius indistincte concludendum esse putant, mea omnino opinione distinguendum est, utrum factum aliquod prohibitum sit sub *poena nullitatis*, nec ne? Priori casu omne factum iniustum nullitate insuper laborat, et per consequens non producit eam obligationem, cuius constituendae gratia fuit initum. Posteriori casu factum iniustum non statim nullitate laborat, sed obligationem intentam producit, quamvis poenae locus esse possit. Man sehe auch des Herrn Geheimen Justiz-Raths PÜTTER theor. de nullitate §. 17. und 20. ingleichen VOET Comm. ad

ad Pandect. Tit de LL. § 16. dessen Meinung, nachdem er die Sache nach verschiedenen Verhältnissen untersuchet hat, am Ende dahin gehet, daß es wenigstens in Praxi so gehalten würde: ita demum contra leges gesta ipso iure infirma esse, si id lex nominatim expresserit.

307) Deutlicher und bestimmter kann keine Vorschrift sein, als die Verordnung in L 5. C. de LL. welche dahin lautet: ad *omnes* etiam legum interpretationes trahi *generaliter* imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, *prohibuisse* tantum sufficiat, caeteraque, quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere; hoc est, *ut non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est.* Ueber die Distinktion inter leges perfectas et imperfectas, welche man in dieser Hinsicht bei den ältern römischen Juristen antrift, ist nachzusehen SCHVLTING ad fragm. Vlpiani Tit I. §. 2 imgleichen VOET Tit. de LL. §. 16. auch BRVMMER *ad L. Cinciam* C. 3. *n.* 2.

308) So urteilt unter andern VINNIVS Select. Quaest. Cap. I. Darinn hat er freilich nicht unrecht, wenn er beiläufig noch die Anmerkung hinzufügt: Non totum actum, in quo quid contra legem aut in fraudem legis factum est, rescindi, aut ipso iure nullum esse, nisi et in totum contra legem factum sit, alias non nisi quatenus in legem peccatum; verbi gratia, si quis maiores, quam licet, usuras stipulatus sit, non idcirco in totum inutilis stipulatio erit, sed duntaxat, quatenus legitimum modum excedit. Non in totum irrita donatio est, quae summam lege definitam excedens actis insinuata non est, sed tantummodo eatenus, quate-

quatenus superat modum legis. L. 29. D. de usuris L. 24. C. de donat.

309) VINNIUS l. c. Ueberhaupt verdienen über diesen Gegenstand nachgelesen zu werden: C. *F.* WALCH introduct. in controv. iur. §. 28. p. 52. *I. L.* C. PÜTTMANN interpret. iur. civil C. 33. imgleichen L. 1. *adversar.* iur. univ. pag. 159. sequ.

310) HELLFELD iurispr. forens. §. 1218.

311) Nach dem natürlichen Zwangs-Rechte ist die Einwilligung der Eltern keineswegs so notwendig, daß ohne dieselbe die Heirath der Kinder ungültig und nichtig werden sollte. LEYSER Spec. 291. m. 1. 2. 3. Die römischen Gesetze erkennen hiebei kein anderes Principium, als die natürliche Gewalt, daher sie auch nur des Vaters Einwilligung, so lange die Kinder noch nicht sui iuris sind, erfordern. Ob aber unter solchen Umständen die Ehe, wenn sie ohne dessen Consens getroffen worden, schlechthin für nichtig zu achten? ist unter den Rechtsgelehrten noch streitig. CUIACIUS Lib. III. Observ. Cap. 4. HOTTOMANNUS quaest. illustr. Cap. 9. *Anton. Guil.* COSTANUS in tr. de matrimonio p. 186. und Lib. 2. quaest. iur. civil. cap. 12. halten die Ehe, wenn sie einmal vollzogen worden, nicht für nichtig. Die übrigen Civilisten behaupten fast insgesamt das Gegenteil. Man sehe *Ulr.* HUBER Lib. 1. Digress. Cap. 15. *Christ.* THOMASIUS *de validitate coniugii* inuitis parentibus contracti §. 16. *Ioh. Pet.* de LUDWIG *different. iur. Romani et Germ.* in connubiali imperio, consensuque parent. Halae 1721. und *Georg. Ludov.* BÖHMER elect. iur. civil. p. 664. Die Meinung der leztern verdient offenbar den Vorzug; und C. *F.* WALCH Controvers. iur. civil. pag. 37. §. 10. unterstüzt

solche

solche mit Gründen, welche unwiderleglich sind. Die Worte des *Jul.* PAVLLVS *Recept. Sentent.* Lib. 2. Tit. 19. §. 2. Eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur; *sed contracta non soluuntur*; sind unstreitig durch den ANIANVS und Konsorten verfälschet, wie es leider mehrern Stellen in den Schriften der ältern Rechtsgelehrten, welche ienen Barbaren in die Hände gerathen sind, widerfahren ist. ECKHARD hermeneut. iuris §. 263. und 64. Eben der Paullus sagt an einer andern Stelle L. 11. D de *statu hominum*: Eum, qui viuente patre, set ignorante de conjunctione filiae conceptus est, licet post mortem aui natus sit, *iustum filium ei ex quo conceptus est*, non videri; und wiederum L. 2. D. de ritu nupt. Nuptiae *consistere non possunt*, nisi consentiunt omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt; genug, um uns von der Verfälschung iener Stelle zu überzeugen. Die Koniecturen, wodurch SCHVLTING in not. ad Paull. rec. sent. c. l. iurispr. Anteiust. p. 300. imgleichen *Em.* MERILLIVS ad pr. Inst. de nupt. *Arn.* VINNIVS Comm. ad §. 12. Inst. ib. *Jac.* GOTTOFREDVS ad L. 1. Cod. Theod. de rapt. virg. ohne Aenderung der Leseart die Sache berichtigen wollen, sind bald zu willkührlich, bald zu gezwungen, als daß sie völlig befriedigen könnten —. So viel vom römischen Rechte. In den päbstl. Decretal-Briefen und andern Stellen des geistl. Rechts, wollen einige gleichfalls verordnet finden, daß die Ehe ohne der Eltern Einwilligung keineswegs bestehe, sondern der geschehenen Vollziehung ungeachtet, null und nichtig bleibe. Sie berufen sich auf Cap. 3. X. Qui matr. accus. poss.; und Can. 1. caus. 30. Quaest. 5. wiewol andere aus dem Can. 2. caus.

27. Quaest. 2. Can. ult. caus. 32. Quaest. 2. u. Cap. 6. X. de raptor. das Gegenteil herleiten wollen. LEYSER Spec. 291. Med. 2. Die heiligen Väter auf der Kirchenversammlung zu Trident entschieden den Zwist zum Vorteile der letztern Meinung so kräftig, daß sie ihr Anathema wider dieienigen aussprachen, welche sich etwa unterfangen sollten zu behaupten, daß die Ehe wegen fehlender Einwilligung der Eltern zu annulliren sei. Sess. 24. Decret. de Reformat. matrim. Cap. I. gleich zu Anfange. Ob nun gleich in protestantischen Landen das Anathema der heiligen Synode nicht sonderlich geachtet wird, so gilt doch auch bei uns der Grundsatz, daß in der Regel die gedachten Ehen, wenn sie einmal vollzogen worden, ihren Fortgang behalten; es wäre dann, daß durch besondere Landesgesetze oder Statuten ein anders vorgeschrieben worden.

312) HOMMEL Rhapsod. Quaest. Observ. 273. HARTLEBEN Medit. ad Pandect. Spec. 8. **Eichmann** Erklärungen des bürgerlichen Rechts. Th. I. Seite 34. und folg.

313) Nov. 94. Cap. 2. Nov. 118. Cap. 5.

314) Daß nach heutigen Rechten und Gewohnheiten die Weibspersonen dem Senatus consulto Velleiano gültig entsagen können, und zwar ohne Unterschied, sie mögen für einen fremden Schuldner, oder für ihren Ehemann, intercediren, hat gar kein Bedenken. GAIL Obs. 77. n. I. LEYSER Med. ad Pandect. Spec. 170. HELLFELD Comment. de intercessionibus mulierum et Senat. Cons. Vell. §. 42. C. F. WALCH de femina mutuum contrahente, beneficiorum muliebrium experte, Jenae 1778. pag. 2. n. c. Was deshalb vorzüglich in den hiesigen Landen Rechtens sei, ist in der besondern Abhandlung *Sim. Henr.* MVSAEI de intercessionib. feminar.

nar. nobil. Slesvicens. et Holsat. Kil. 1708. nicht so vollständig erläutert, daß nicht noch manches unbestimmt geblieben. Seitdem aber der verdienstvolle Herr Etatsrath *Ad. Fried.* TRENDELENBURG Diss. de intercessione feminarum secundum iura Slesvicensia et Holsatica, Kil. 1776. diese Materie bearbeitet hat, darf man nicht weiter zweifeln, daß sie von allen Seiten in das gehörige Licht gesetzet sei.

315) *Anton.* SCHULTING ad Paulli recept. sentent. Lib. II. Tit. XI. n. 3. AVERANIUS Lib. 2. Interpret. iur. civil. Cap. 5. *Andr.* RAUCHBAR Quaest. 32. n. 5. *Sim. Hinr.* MUSAEUS Diss. cit. §. 15. HELLFELD comment. de intercess. mulier. et S. C. VELL. §. 5. und andere behaupten mit Recht, daß nach römischen Gesetzen und deren Analogie die Entsagung des S. C. Velleiani in der Regel ungültig sei; obgleich BÖHMER in Diss. de efficaci mulierum intercess. Cap. 2. §. 15. seq. Tom. III. Exercit. ad Pandect. p. 383. seq. und *Gottfr. Lud.* MENCKEN Diss. de valida intercessione mulieris S. C. Velleiano renunciantis mit verschiedenen Rechtsgelehrten, deren sie eine beträchtliche Anzal angeführt haben, das Gegenteil behaupten. Ohne die beiderseitigen Argumente hier zu recensiren, welches überflüssig sein würde, will ich nur dies einzige zu überlegen anheim geben, ob mit der Idee eines verbietenden Gesetzes, wie doch das gedachte Senatus Consultum wirklich ist, die Freiheit demselben durchgängig zu entsagen, bestehen könne? Daß wir in Praxi die Gültigkeit der Entsagung annehmen, ist freilich wahr, allein eben darum glaube ich auch, daß man nach heutigen Rechten die Bürgschaft der Frauenspersonen eigentlich nicht mehr unter die verbotenen Rechtsgeschäfte zälen kann; weil das

ganze Verhältniß der Sache sich dahin geändert hat, daß wir blos einen Vertrag darinn antreffen, dem die bürgerlichen Rechte den gerichtlichen Effect gänzlich versagen, ohne daß die Frauenspersonen durch verbietende Gesetze wirklich davon ausgeschlossen sein sollten. Die Stellen im römischen Rechte, welche man gewöhnlich anzuführen pflegt L. 32. D. und L. 21. C. de S. C. V. um die Zulässigkeit der Entsagung zu vertheidigen, hat HELLFELD am angeführten Orte so gründlich erklärt, daß es nicht leicht Jemandem einfallen wird, sie zur Bestärkung der gegenseitigen Meinung weiter anzuführen. Ein Argument, worauf man sich am mehrsten zu verlassen scheinet, ist gerade am wenigsten zutreffend. Man raisonnirt so: die Gesetze verordnen, daß die Frauensperson allerdings als Bürginn haften solle, welche wußte, daß ihre Intercession unkräftig sei, und sich doch verbürgte. L. 30. D. ad S. C. Vell. Wenn also dieselbe, nachdem sie mit dem Inhalte des Gesetzes bekannt gemacht worden, dem letztern entsagt: so verbürgt sie sich ja wissentlich, mithin ist sie sodann gehalten, ihr Versprechen zu erfüllen —. Man bedenkt aber nicht, daß iene Verordnung eigentlich nur von dem Falle rede, wenn die Frauensperson in der Absicht, den der Rechte vielleicht unkündigen Gläubiger zu hintergehen, sich bei ihm verbürgte, da es ihr bekannt war, daß sie sich in der Folge durch die Einrede des Velleianischen Rathschlusses würde schützen können. Diese betrügliche Absicht soll ihr nicht gelingen. Daß dieses der wahre Sinn des angeführten L. 30. D. ad S. C. Vell. sei, erhellet nicht allein aus den Worten: Si decipiendi animo &c. womit sich das Gesetz anhebt, sondern auch aus der selbst darin angeführten Ursache, weshalb die Frau, welche wissentlich eine ungültige Bürgschaft übernahm, gehalten sein

soll:

soll: Actionem enim, *quae in dolum mulieris* competit, amplissimus ordo non excludit. Man setze z. B. einen der Rechte unkundigen Gläubiger, welcher auf dieser Art von einer verschlagenen Weibsperson hintergangen wird: So wäre von diesem Gesetze allerdings Gebrauch zu machen. Ganz anders aber verhält sich die Sache, wenn die Parteien mit dem Verbote der Gesetze bekannt, die Einleitung treffen, daß dem Gläubiger durch Entsagung des S. C. V. von Seiten der Frauen prospiciret werde. Hier fehlt so viel, daß man der letztern einen dolum vorwerffen könne; daß vielmehr ein anderes Gesetz zur Anwendung kommen muß. Ea, quae in fraudem Senatus consulti excogitata probari possunt, rata haberi non oportere, schreibt eben der Jurist, in L. 29. §. 1. D. ad S. C. V, aus dessen Schriften die obige L. 30. ibid. genommen ist, und folglich ist in diesem Falle die Entsagung eben so unkräftig, als die Bürgschaft selbst; weil in beyder Rücksicht einerley Grund obwaltet. Nam per eiusmodi renunciationes nullo vel leui negotio eluditur Senatusconsultum, quoniam, qua leuitate mulier intercedit, eadem renunciabit. Neutrubi praesens damnum est, ergo quae vt intercedat, etiam vt renunciet, sibi persuaderi patietur. HERING de fideiussor. Cap. 7. n. 469. WESENBEC. Parar. Dig. Tit. ad S. C. V. n. 9. ZANGER de except. P. 3. c. 11. n. 151. LEYSER Spec. 260. Med. 1.

§. 75.

Ob und in wie ferne dasienige, was zur Erfüllung verbotener Rechtsgeschäfte gege-

gegeben, oder bezalet worden, wiederum zurück gefordert werden könne? Zweifel gegen die Richtigkeit der gemeinen Lehre.

Die Rechtsgelehrten pflegen diese Frage bei Gelegenheit der condictionis indebiti abzuhandeln; da denn folgende Sprache in ihren Systemen und Lehrbüchern fast herschend geworden: Repetitio soluti locum habet, si obligatio naturalis a iure civili reprobata sit; tunc enim illa effectum iuris ad impediendum condictionem habere nequit. Sic mulier recte condicit, quae ex intercessione soluit. Idem locum habet ratione eius, quod ludo perditum est 316). Also in der Regel ist derienige, welcher einen bürgerlich verbotenen Vertrag erfüllet hat, berechtigt, das gegebene, oder bezalte zurückzufordern —. Nimmt man sich aber die Mühe, diesen Satz etwas genauer zu prüfen: So findet man bald, daß er, als Regel angenommen, mit andern Vorschriften des bürgerlichen Rechts, in mancher Hinsicht sehr kontrastire, mit vielen Schwierigkeiten in der Anwendung verknüpft, und überhaupt die ganze Theorie höchst schwankend und unzuverlässig sei. Sie ist inzwischen so tief in den Lehrbüchern eingewurzelt 317), daß man seiner Sache ziemlich gewiß sein muß, wenn man die gemeine Lehre nicht vergeblich zu bestreiten gedenket. Ich wage es aber dennoch mit völliger Ueberzeugung, folgende Erinnerungen

gen dagegen vorzutragen. Finden sie Beifall; so glaube ich auch danächst den Grundsäzen, welche meiner Meinung nach die Sache richtiger darstellen, eine gute Aufname versprechen zu können. Das erste, was mir in der gewöhnlichen Theorie verwerflich scheinet, ist, daß man die Zurückforderung des zur Erfüllung verbotener Verträge gegebenen oder bezalten nicht sorgfältig genug von der eigentlichen condictione indebiti unterscheidet. Diese leztere kann statt finden, und sie findet hier auch wirklich statt, so, daß der Beklagte seine aus verbotenen Verträgen herrührende Forderung dagegen vergeblich in Anrege bringen würde; aber darum läßt sich dennoch ohne Irrtum die Regel nicht aufstellen, daß die zur Erfüllung eines verbotenen Geschäfts erfolgte Zalung durchgängig wieder zurückgefordert werden könne. Man darf nur auf den eigentlichen Grund der condict. indeb. zurückgehen, um diese unsere Anmerkung gar nicht befremdend zu finden. Die gedachte Klage sezt allemal eine aus Irrtum geschehene Bezalung einer Nichtschuld zum Voraus; wann also bei der Zalung kein Irrtum obgewaltet: So qualificirt sich die Zurückforderung zu dieser Klage gar nicht, ob sie gleich aus andern Gründen vermittelst anderer Klagen in einigen Fällen zulässig sein kann. So viel aber die condictionem indebiti anlanget: So haben die Geseze bekanntlich verordnet, daß sie in dem Falle nicht statt finden solle, wenn zwar die Zalung aus einem Irrtum

geschehen, allein der Empfänger doch vermöge einer natürlichen, wiewol bürgerlich nicht klagbaren Verbindlichkeit, womit ihm der Bezalende verhaftet war, das Recht hat, das Gegebene ganz oder zum Theil einzubehalten 318). Dergleichen Recht kann sich nun der Empfänger aus einem verbotenen Handel an sich nicht beilegen, weil daraus gar keine natürliche Verbindlichkeit entspringt, oder doch wenigstens in bürgerlichen Gerichten die Sache so angesehen und behandelt wird. Daher also der Grundsaz, daß eine aus verbotenen Verträgen prätendirte Verbindlichkeit, oder, wie man sich lieber ausdruckt, obligatio naturalis reprobata, die eigentliche condictionem indebiti nicht hindern könne. Das ist, wenn eine Zalung aus Irrtum geschehen: So geben iene Verträge dem Empfänger kein Recht, das Bezalte zurück zu halten 319). Wie aber, wenn bei der Bezalung gar kein Irrtum obgewaltet; wenn sie wirklich in der Absicht geschehen, um einen verbotenen Handel zu erfüllen; findet dann auch noch eine Zurückforderung statt? Wer diese Frage im allgemeinen beiahen wollte, der müste uns ganz andere Gründe vorlegen, als dieienigen, welche die condictionem indebiti rechtfertigen. Denn derienige, dem die Geseze diese Klage gestatten, erscheint hier in einer ganz andern Gestalt. Die Umstände sind so verändert, daß man unmöglich von Einem auf das Andere die Anwendung machen kann. Dort war die Zalung aus einem Irrtum geschehen, hier ist

dergleis

dergleichen nicht vorhanden; dort war mit der Zalung wenigstens die Absicht nicht verbunden, einen verbotenen Handel als solchen zu erfüllen, hier geschieht sie wirklich in dieser Intention; dort muste die condictio indebiti gestattet werden, weil dem Empfänger nichts zu statten kam, und dem Geber nichts vorzuwerfen war 320). Hier aber verhält sich die Sache ganz anders. Denn obgleich das ungültige Geschäfte selbst dem Empfänger nicht zu statten kommt: So ist ihm doch die Zalung einmal freiwillig geschehen, und folglich handelt er wenigstens gegen den andern Theil nicht unrecht; weil dieser wissentlich etwas weggiebt, wozu er nicht schuldig war, mithin keinesweges vorschützen kann, daß man sich wider seinen Willen des Seinigen anmasse. So viel glaube ich also, wird man mir ohne weitere Erklärung zugeben, daß es im Ganzen nicht schicklich sei, aus der gesezlichen Vorschrift, wornach die sogenannte reprobirte natürliche Verbindlichkeit die *condictionem indebiti* nicht hindern soll, sogleich die Regel zu formiren, daß in solchen Fällen die geschehene Zalung immer zurück gefordert werden könne. Wie aber, wird man vielleicht einwenden, wenn die Geseße selbst demienigen, welcher wissentlich einen verbotenen Handel erfüllet, die Zurückforderung gestatten? — Ist nicht zum Beispiele derienige, welcher, um eine verbotene Spielschuld zu tilgen, etwas bezalet hat, dennoch berechtiget, solches zu repetiren? Er ist es allerdings. Aber nun entsteht zweitens

die Frage, ob man dies zur Regel für alle übrige Fälle machen, oder nur als Ausname von der Regel betrachten dürfe. Ich halte ienes höchst unrichtig; weil es mit andern unleugbaren Vorschriften des Civilrechts offenbar kontrastiret; als welche ein: für allemal bestimmen, daß in pari causa illicita, derienige, dem etwas bezalet worden, von dem andern Theile nicht in Anspruch genommen werden soll 321). Ausnamen von dieser allgemeinen Vorschrift lassen sich denken, wenn die Gesetze selbst in einigen Fällen das Gegenteil gestatten; allein man muß die Ausname nicht zur Regel umschaffen. Man kann auch ausserdem, wenn man in dieser Materie der gewöhnlichen Theorie nachgehet, fast keinen einzelnen Satz, welcher an sich auch noch so richtig und wahr ist, mit dem übrigen Systeme füglich vereinigen; man wird überall Schwierigkeiten antreffen, und bei ieder Gelegenheit um zureichende Gründe verlegen sein. Wen die Erfarung dieses noch nicht gelehret hat, dem werden folgende Fälle hievon bei näherer Prüfung die beste Ueberzeugung geben. Schon auf die Frage, warum die Bezalung einer verbotenen Spielschuld repetirt werden könne? ist die Antwort: weil keine natürliche Verbindlichkeit zur Zalung vorhanden, nichts weniger als befriedigend. Denn wäre dies die wahre und einzige Ursache: So würde folgen, daß nur derienige, welcher aus Irrtum gezalt hätte, die Zurückforderung unternehmen könnte; derienige aber, welcher

wuste,

wuste, daß ihm weder eine natürliche noch bürgerliche Verbindlichkeit zur Bezalung oblag, und doch bezalte; kein Recht weiter habe, die geschehene Zalung anzufechten. Und gleichwol ist nichts gewisser, als daß auch der leztere unstreitig dazu befugt sei 322); so wie derienige, welcher verbotene Zinsen wissentlich bezalet, solche dennoch zurückfordern kann. Da es zwar Gesetze giebt, welche die Zurückforderung in diesen beiden Fällen überhaupt gestatten, aber keine, die eben namentlich hinzufügten, daß auch die mit Wissen und Willen geschehene Zalung gleichfalls kondiciret werden könne: so müssen andere Gründe beigebracht werden, um das leztere zu rechtfertigen; und ich zweifle sehr, ob der gewöhnliche Vortrag der Sache dazu auslangen dürfte. Der angenommene Saz, daß die sogenannte reprobirte natürliche Verbindlichkeit dieses immer mit sich brächte, giebt nichts weniger, als einen tüchtigen Grund, um dasienige, was in den gedachten Fällen behauptet wird, zu erweisen, weil er eine offenbare petitionem principii involviret, und, genau gerechnet, selbst gar nicht einmal erweislich ist. Ferner finden wir auch in der Bürgschaft der Frauenspersonen ein Beispiel, welches die gemeine Lehre sehr zweideutig macht; woher kommt es nemlich, daß diese, ungeachtet der reprobirten natürlichen Verbindlichkeit, dennoch, wann sie wissentlich ihre ungültige Bürgschaft erfüllet haben, vergeblich auf das Velleianische Senatus Consultum provociren 323)? Ja siehet man vollends

vollends auf die übrigen Fälle zurück, wo die Charaktere der sogenannten reprobirten natürlichen Verbindlichkeit sämtlich zutreffen, und gleichwol die geschehene Erfüllung gar nicht kondicieret werden darf: So muß natürlich die erwähnte Theorie noch unzureichender erscheinen. Wir werden im folgenden §. mehrere Fälle dieser Art anzuführen Gelegenheit haben. Um aber vorizt wenigstens Ein Beispiel anzuführen: So wird man nicht leugnen, daß derienige, welcher zu einem verbotenen Spiele Geld leihet, eben so unerlaubt und rechtswidrig handle, als die Spieler selbst 324). Gesezt aber, es sei ihm freiwillig wieder bezalet; sollte wol eine Zurückforderung statt finden? Diese Frage zu verneinen, wird man sich schon nach der blossen iuristischen Empfindung sehr geneigt fühlen; aber in der gewöhnlichen Theorie schwerlich ein tüchtiges Argument antreffen, um solches mit Gründen behaupten zu können. Die einmal angenommene Regel, daß in den Fällen einer reprobirten natürlichen Verbindlichkeit die repetitio soluti zulässig sei, wird immer ein unübersteigliches Hinderniß in Weg legen, so, daß mancher vielleicht gar seine Philosophie unter dem Gehorsame dieser Regel gefangen nehmen, und auch die Bezalung einer zum Spiel geschehenen Anleihe der Zurückforderung unterwerfen dürfte.

316) STRYCK V. M. Pandect. L. 12. Tit. 6. §. 6. HELLFELD iurispr. forens. §. 830. und fast die mehrsten eben so.

317)

317) Wenn **Lessing** irgendwo anmerket, daß Uebung und Stetigkeit sogar mit der Zeit die Grundsätze berichtigen, weil es unmöglich sei, daß ein Mensch lange nach Grundsätzen handle, ohne es wahrzunehmen, daß sie falsch sind; So mag dieses hin und wieder seine gute Richtigkeit haben. Wer viel rechnet, wird bald merken, ob ihm ein richtiges Einmaleins beiwohne oder nicht. Wer inzwischen gemeine Irrtümer anfechten will; dem möchte ich eben nicht rathen, daß er sich von dieser Seite vielen Beistand verspreche, um desto eher Eingang zu finden —.

318) Wenn daher die condictio indebiti auch dem versagt wird, welcher als filius familias ex mutuo schuldig geworden: So sollte bei der Erläuterung dieser Verordnung nie ausgelassen werden, daß, wenn auch die Zalung aus Irrtum, und nicht in der Absicht, um das empfangene Darlehn zu erstatten, geschehen wäre, dennoch die Zurückforderung in so ferne wegfalle, als die bezalte Summe das mutuum nicht übersteigt. Denn hätte der filius familias gar wissentlich und selbst zur Tilgung des Darlehns bezalet: So würde die Sache ohnehin zur condict. indebit. gar nicht gehören. Nur um diese Klage zu entfernen, und eine **aus Irrtum** geschehene Zalung der Repetition zu entziehen, dient der Umstand, daß dem filio familias eine natürliche Verbindlichkeit oblag; wer mir freiwillig zalet, ohne mein Schuldener zu sein, dem habe ich auch nicht weiter nötig, eine natürliche Verbindlichkeit entgegen zu stellen.

319) L. 54. D. de cond indeb. Ex his omnibus, quae iure non valuerunt vel non habuerunt effectum, secuta *per errorem* solutione condictioni locus erit. z. B. Der Erblasser hatte an Jemand eine Verschreibung ausgestellet; und der

der Erbe bezalt die darinn versprochene Summe, weil er glaubt, daß sie angeliehen sey; wirklich aber enthält sie eine verbotene Spielschuld.

320) Jener kann, um das Empfangene einzubehalten, sich weder auf den verbotenen Handel an sich berufen, weil ihm derselbe gar kein Recht giebt; noch darauf, daß die Zalung einmal geschehen; weil diese **nicht in der Absicht geleistet worden, um einen verbotenen Handel zu erfüllen.** Dem Andern hingegen ist nichts vorzuwerfen, weil er aus Irrtum gezalet hat.

321) L. 3. D. de condict. ob turp. vel iniust. caus.

322) *Sigm. Gottl.* HILLIGER *de actionibus occasione ludi competentibus, vel non,* Lips. 1712. **Meine Abhandlung** de usuris indebite solutis. §. 14. 15.

323) L. 26. §. 3. verglichen mit L. 40. D. de condict. indeb.

324) Diesen Fall wird der folgende §. noch näher erläutern.

§. 76.

Versuch einer genauern Erörterung obiger Frage. Die Zurückforderung ist in der Regel unzulässig.

Legen wir zuvörderst die Idee eines bürgerlich verbotenen Handels im Allgemeinen zum Grunde, ohne auf die besondern Modifikationen, welche nur gewissen Gattungen eigen sind, vorizt schon Rücksicht zu nehmen; und fragen wir sodann: ob

ob derienige, welcher seiner Seits einen solchen verbotenen Vertrag erfüllet hat, berechtiget sei, das Gegebene zurückzufordern: So wird das Resultat unserer Untersuchung ohne Zweifel dahin ausfallen, daß diese Zurückforderung in der Regel nicht statt finden könne. Dies ist Erstlich aus unleugbaren Grundsätzen des Naturrechts klar. Denn so lange man hier beim allgemeinen stehen bleibt: so lange kann man wol sagen, daß dieienigen, welche einen bürgerlich verbotenen Vertrag schliessen, beiderseits unrecht handeln, mithin, wer bezalt, eben so gewis, als der Andere, welcher die Zalung annimmt. Es giebt besondere Fälle, wo dieses nicht so ganz zutrift, aber dies kann uns nicht irren, wenn wir vorläufig bestimmen wollen, was im Ganzen als Regel anzunehmen. Nun bringt es aber schon die Natur der Sache mit sich, daß wir gegen den, der mit uns gemeinschaftlich die Gesetze übertreten hat, keinen Regres zu unserer Entschädigung nehmen können. Mit diesem Grunde, welcher allein schon hinreichen dürfte, um die Zurückforderung des Gegebenen in solchen Fällen zu verwerfen, steht noch ein anderer in Verbindung, wodurch die Sache noch deutlicher wird; und dessen sich daher die Lehrer des Naturrechts vorzüglich bedienen. Indem wir nämlich zur Erfüllung eines unerlaubten Versprechens etwas weggegeben: So entsagen wir wenigstens unserer Seits unserm Rechte und Eigentume daran gänzlich, und derienige, dem wir es zustellen, handelt wenigstens

nigstens gegen uns nicht unrecht; er masset sich nicht wider unsern Willen das unsrige an, sondern wir haben es ihm selbst freiwillig überliefert; er laedirt uns also nicht, und folglich ist unter diesen Umständen nicht abzusehen, wie wir ein Zwangrecht haben mögen, das Gegebene wieder zurückzufordern. Nach dem Naturrechte wäre es dahero ausgemacht, daß die Regel, welche man hier gewöhnlich anzunehmen pflegt 325), gerade umzukehren sei, dergestalt, daß die Zurückforderung einer aus verbotenen Verträgen geleisteten Zalung in der Regel wegfalle 326). Allein, auch in den Vorschriften des bürgerlichen Rechts finden wir die nämlichen Grundsätze bestätiget. Obgleich Niemand auf die Erfüllung eines bürgerlich verbotenen Handels klagen kann: So bestimmen doch die Gesetze den Fall, da die Zalung einmal geschehen, ausdrücklich dahin: ubi et dantis et accipientis turpitudo versatur, solutum repeti non posse 327), imgleichen: Si ob turpem causam promiseris Titio, quamuis si petat, exceptione doli mali vel in factum summouere eum possis, *tamen si solueris, non posse te repetere* 328); Sie setzen ein- für allemal die Regel feste: Si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse, et ideo repetitionem cessare 329). Man wende nicht ein, daß in diesen Gesetzen eigentlich die Rede von solchen Verträgen sei, deren Zweck schon an sich dem Naturrechte zuwider lauffe; denn man wird nicht leugnen können, daß, sobald

bald der Handel durch positive Gesetze verboten worden; er eben dadurch auch natürlich unerlaubt werde. Wenn die Gesetze ferner an so vielen Stellen verordnen, daß die Zurückforderung einer wissentlich bezalten Nichtschuld, Niemandem frei stehen solle; So wird man dagegen keine einzige Stelle beibringen können, welche die aus verbotenen Verträgen geleistete Zalung hievon im Allgemeinen ausnehmen sollte; weshalb die Repetition derselben um so weniger zu gestatten, weil schon das Naturrecht solche, wie eben gezeigt worden, verwirft; und dieses daher auch in bürgerlichen Gerichten so lange gelten muß, bis durch bestimmte Vorschriften des Civil-Rechts ein Anderes angewiesen worden. Wir werden das leztere in gewissen besondern Gegenständen bald näher erfahren; vorläufig aber wird es nicht undienlich sein, einige Fälle anzuführen, in welchen zufolge unserer obigen Regel die Erfüllung eines bürgerlich verbotenen Handels, oder, wie die Systeme es zu nennen belieben, einer reprobirten natürlichen Verbindlichkeit nicht statt findet; obgleich der gewöhnliche Lehrbegrif leicht die Behauptung des Gegenteils veranlassen könnte, bei einigen Gelehrten auch wirklich veranlasset hat.

1) Wir wollen mit der zum verbotenen Spiele geschehenen Anleihe den Anfang machen, weil wir derselben im vorhergehenden schon beiläufig erwähnt haben. Es giebt Rechtsgelehrte, welche behaupten, daß die Bezalung dieser Anleihe sogar mittelst einer Klage verfolgt werden kön-

ne 330); Allein, dies ist von andern bereits so gründlich widerlegt worden, daß wir uns dabei nicht weiter aufhalten dürfen 331). Ob aber die freiwillig geschehene Wiederbezalung zurückgefordert werden könne? ist eine Frage, welche die Juristen in ihren Schriften, so viele ich davon zu Rathe ziehen können, gar nicht berührt haben. Hätte es im Allgemeinen seine Richtigkeit, was Leyser bei einer andern Gelegenheit vorträgt, daß das bürgerliche Verbot eines Geschäftes denienigen, welcher es erfüllet, berechtige, sein eigenes factum zu impugniren 332), so sollte man glauben, daß die Zurückforderung statt finden müsse; beurteilen wir aber die Sache nach den Grundsätzen, worauf sich unsere Regel stützet: So werden wir kein Bedenken weiter finden, die Frage schlechthin mit Nein zu beantworten. Genug daß beide Theile die Gesetze übertreten haben, und daß keine specielle Verordnung vorhanden, welche die Zurückforderung des einmal bezalten gestatten sollte; wiewol ich gerne zugebe, daß, wenn die Zalung aus Irrtum geschehen, sodann die zum verbotenen Spiele geschehene Anleihe der eigentlichen condictioni indebiti nicht entgegen gestellet werden könne 333). 2) Wenn eine Sache verkauft worden, deren Veräuserung die Gesetze verbieten: So fragt sichs, ob der Verkäufer selbst berechtiget sei, die einmal tradirte Sache wieder zurück zu fordern? Leyser beiahet diese Frage 334), widerlegt eine Menge von Einwürfen, welche dagegen gemacht werden könnten; und glaubt

glaubt am Ende seine Meinung durch eine Stelle des Kanonischen Rechts 335) über alle Zweifel zu erheben. Allein die Hauptgründe, welche ihm entgegen stehen, daß nämlich in der Regel die Erfüllung verbotener Verträge von den Kontrahenten selbst nicht reclamirt werden könne, — daß nicht abzusehen, wie derienige, welcher selbst die Gesetze übertreten hat, sich anmaassen dürfe, Sachen, die er einmal freiwillig weggegeben, zu reclamiren — daß kein ausdrückliches Gesetz diese Zurückforderung gestatte —; alles dieses übergeht er mit Stillschweigen; man sieht aber leicht, daß seine Behauptung dadurch vollkommen widerlegt werde, indem auch die päbstliche Verordnung, worauf er sich zulezt berufet, nichts weiter enthält, als daß die von einem Regenten vorgenommene Veräuserung, wenn der Staat selbst dadurch gefährdet würde, wiederum reclamiret werden könnte; welches auf privat Angelegenheiten, wovon Leyser handelt, wol keine Ausdehnung zulassen dürfte. 3) Ein gleiches ist auch von dem Falle zu behaupten, wenn die Gesetze gewisse Personen vom Erwerb gewisser Sachen ausschliessen, z. B. die Juden in Ansehung der unbeweglichen Güter; imgleichen, wenn dieses oder jene Gewerbe gewissen Personen untersagt ist —. Wer sich mit ihnen einlässet, Verträge mit ihnen schliesset, der kann zwar von ihnen nicht belangt werden, seine Zusage zu erfüllen; aber was er ihnen gegeben, und bezalet hat, das darf er für seine Person nicht wieder zurückfordern; woferne er

 kein

kein Gesetz beibringen kann, welches ihn selbst ausdrücklich dazu autorisirte. Der Verkäufer mithin, welcher das einem Juden verkaufte Haus wirklich tradiret hat, der Handelsmann, welcher einem Mackler die Assekuranz Prämie bezalte, welche dieser nie klagend hätte fordern können, sind nicht befugt, das Gegebene zu repetiren, weil sie ihrer Seits zur Uebertretung der Gesetze mit konkurriret, und das ihrige einmal freiwillig weggegeben haben. 4) Wenn der berühmte **Hommel** behauptet, daß diejenigen, welche sich unbefugterweise mit Heilung der Kranken abgeben (Medicastri), weder einen Lohn für ihre Arbeit noch die Vergütung der etwa gehabten Auslagen an Medikamenten, Kräutern u. d. m. begehren können 336): So hat er darin ganz unstreitig Recht. Denn nicht leicht kann dem Wole des ganzen Staats eine Sache angelegener sein, als daß das Leben und die Gesundheit seiner Einwohner den Pfuschern und Marktschreiern nicht Preis gegeben, sondern die Heilung nur Aerzten von geprüfter Geschicklichkeit anvertrauet werde 337). Wer sich also untersteht, diese Kunst zu üben, ohne öffentlich dazu autorisirt zu sein, der übertritt die zum Besten des Ganzen abzweckenden Gesetze dergestalt, daß er aller Ansprache auf Belohnung und Entschädigung gänzlich unwürdig ist, 338). Wenn aber der gedachte Rechtslehrer hinzufügt, daß sogar die, solchen Leuten geschehene Bezalung, zurückgefordert werden könne: So können wir ihm darinn nicht beipflichten. Der

Grund,

Grund, welchen er anführt, quoniam non in dante, sed in solo accipiente turpitudo sedet; ist überhaupt genommen unrichtig, wenn er gleich bisweilen zutreffen mag. Es ist möglich, daß der Pfuscher, dessen man sich bedienet, sich als einen rechtmässigen Arzt geriret, und solchergestalt andere hintergangen habe; und in dem Falle würde freilich die Zurückforderung des Bezalten keinen Zweifel leiden. Aber wie viele rufen ihn nicht zu Hülfe, da sie doch wissen, daß er unbefugterweise ein ihm verbotenes Gewerbe treibe! Diese sind so wenig ausser Schuld, daß sie vielmehr zur Uebertretung der Gesetze offenbar mit konkurriren, einen Misbrauch, worunter die gemeine Wolfahrt leidet, befördern, und folglich vor den Augen des Richters in pari turpitudine mit dem Pfuscher selbst erscheinen. Gründe genug, ihnen die Zurückforderung dessen, was sie dem leztern bezalt haben, gänzlich zu versagen. Eben dieses findet auch 5) in allen übrigen Fällen statt, wo gewisse Künste und Gewerbe im Staate nur von gewissen Personen geübt werden dürfen, alle übrige aber davon ausgeschlossen sind. Wer sich also zum Betrieb seiner Rechtshändel nicht eines ordentlichen Advokaten bedient, sondern zum Pfarrer oder Schreiber seine Zuflucht nimmt, wer den zünftigen Künstler vorbeigehet, und statt dessen einen Pfuscher oder Böhnhasen dinget, der kann zwar von dem leztern, wegen des versprochenen Lohns nicht belanget werden; allein, was er einmal bezalet hat, darf er nicht wieder repe-

tiren, weil er seiner Seits den Gesetzen, und der guten Ordnung gleichfalls zuwider gehandelt hat. Daß aber in allen diesen Fällen bei einer aus untadelhaftem Irrtum geschehenen Zalung die aus verbotenen Geschäften prätendirte Forderung der eigentlichen condictioni indebiti nicht im Wege stehe, darf ich hier nicht weiter ausführen, da es einmal gesetzliche Regel ist: Ex his omnibus, quae iure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta *per errorem* solutione condictioni locus erit 339). Nach den obigen Grundsätzen sollte nun auch die Zurückforderung einer bezalten Spielschuld dem Mitspieler selbst nicht frey stehen; allein es ist wahr, was Andere bereits angemerkt haben, daß die Geseze in diesem Punct denen aus dem Naturrechte aufgenommenen Vorschriften nicht immer in einzelnen Fällen getreu geblieben 340), und bei manchem Gegenstande liegt es schon gewissermassen in der Natur der Sache, daß von unserer obigen Regel nicht füglich Gebrauch zu machen; weshalb wir nunmehro die Ausnamen etwas näher betrachten wollen.

325) Solutum repeti potest, si obligatio naturalis reprobata adest.

326) PUFENDORF L. 3. iur. nat. et gent. Cap. 7. §. 9. imgleichen BARBEIRAC in seinen Anmerkungen daselbst §. 6. not. 2. n. 3.

327) L. 3. D. *de cond. ob turp. vel iniust. caus.*

328) L. 8. ibid.

329) cit. L. 8.

330) BERLICH Decis. 66. n. 6. CARPZOV Lib. 6. Respons. 96. n. 15 und Pract. crim. Quaest. 34. n. 27. VOET Comment. ad Pand. Lib. XI. Tit. V. §. 4.

331) Argum. L. 12. § 1. Mandati L. 2. §. 1. D. Quar. rer. act non dat. BRUNNEMANN ad L 8. D. pro Emtore n. 1. FARINACIUS Quaest. 109. n. 217. STRYCK Vs. Mod. Lib. XI. Tit. V. § 10. GROENEWEGEN de legib. abrogat. Tit. de aleat. n. 6.

332) LEYSER Spec. 190 Med. 1.

333) z. B. Titius glaubt, dem Sempronius 100 Rthl. Kaufgeld schuldig zu sein, und bezalt solche; da er sich aber hierinn geirret; und condict. indeb. anstellet: So kann Sempronius sich der Herausgabe darum nicht entziehen, weil er dem Titius wirklich 100 Rthlr. zu einem verbotenen Spiele angeliehen. L. 26 §. 3. D. de condict. indeb.

334) Spec 190 Medit. 1 sequ.

335) Cap. 33 X. de *iureiurando*.

336) C. F. HOMMEL Rhapsod. Quaest. observ 261.

337) Von denen hieher gehörenden öffentlichen Anstalten und Medicinal-Gesetzen, siehe Joh. Jac. **Moser von der Landeshoheit in Policei-Sachen**, Frankf. und Leipzig 1773. Cap. 4. Seite 73. u. f.

338) L. 134. §. 1. D. de Reg. iur. L. 12. §. 1. D. de furtis. Es kann aber auch hier der Richter die Personen und Sachen nur so behandeln, wie es einmal die gesetzliche Regel im Ganzen mit sich bringet, obgleich der Grund davon in manchen konkreten Fällen nicht immer zutreffen mag. Denn wie oft enthalten nicht selbst gerichtliche Akten in den dabei befindlichen Sektions Protokollen

kollen und Berichten die redendsten Beweise, daß auch unter die zünftigen Aerzte sich schwache und **kurzsichtige** Subiekte eingeschlichen, welche weit von dem entfernt sind, wofür sie publica auctoritate passiren.

339) L. 54. D. de condict. indeb. Ob es genug sei, wenn man nicht in facto, sondern nur in iure geirret? ist eine streitige Frage, worüber ich die verschiedenen Meinungen der Gelehrten bereits in meiner Abhandlung *de usuris indebite solutis*, Seite 88. angeführet habe. Wer des berühmten *Alber. Phil.* FRICK Diss. de indebitum soluente per ignorantiam iuris ciuilis ad indebiti condictionem admittendo, Helmst. 1778. mit Aufmerksamkeit gelesen hat, der wird, vorausgesezt, daß von einer **untadelhaften** Unwissenheit des **bürgerlichen** Rechts die Rede sei, der beiahenden Antwort beizustimmen, durch ganz überwiegende Gründe sich bewogen finden.

340) **Barbeirac** in seinen Anmerkungen über PVFENDORF I. N. et G. am angeführten Orte: La repetition, schreibt er, n'est pas plus juste par rapport a celui qui a donné, que l'aveu du sujet pour le quel il a donné ne lui fait honneur. C'est la dessus, qu'il faut fonder les maximes des Iurisconsultes Romains, que quand la convention est deshonnette et par rapport a celui qui donne, et qui reçoit, le premier ne peut rien redemander. *Mais le droit Romain a la verité ne suit pas toujours ce principe, puisque, quand il s'agit des jeux de Hazard, qui etoient defendus, et regardés comme deshonnettes, le Perdant peut redemander son argent, même au dela du terme ordinaire de la prescription.*

§. 77.

§. 77.

Ausnamen von der obigen Regel.

Zwei Gründe sind es vorzüglich, welche die Zurückforderung der aus verbotenen Verträgen geleisteten Zalung in der Regel unzulässig machen; 1) weil derienige, welcher die Erfüllung leistet, das Seinige freiwillig weggiebt; 2) weil beide Kontrahenten durch Eingehung eines verbotenen Geschäftes die Geseze übertreten, und in solchem Falle die Theilnehmer einer unerlaubten Handlung keinen Regreß gegen einander nehmen dürfen. Giebt es nun Fälle, wo, des bürgerlichen Verbots der Handlung ungeachtet, die erwähnten Gründe nicht zutreffen; — Fälle, wo der Bezalende iuristisch für denienigen nicht zu achten, der über das Seinige eigenmächtig disponiren kann; — Fälle, wo das Gesezwidrige des Vertrags nicht sowol den Schuldener, als vielmehr den Gläubiger trift: So ist die Folge natürlich, daß in solchen Fällen von iener Regel kein Gebrauch zu machen. Man muß daher auch hier wiederum auf die Bewegursache und die wahre Absicht der verbietenden Geseze zurückgehen, imgleichen das persönliche Verhältniß dessen, der die Zalung geleistet hat, in Obacht nehmen, um es gründlich erklären zu können: warum dem leztern hin und wieder die Zurückforderung des Gegebenen frei stehe. Betrachten wir nämlich 1) dieienigen Fälle, wo gewissen Personen zu ihrem eigenen

Besten die Befugniß, rechtliche Handlungen einzugehen, entweder ganz oder zum Theil genommen ist, weil die Gesetze bei ihnen, wo nicht einen gänzlichen Mangel der natürlichen Fähigkeit zum kontrahiren, doch wenigstens eine vorzügliche Gefahr der ungebührlichen Verleitung und Uebereilung voraussetzen; So wird es uns nicht befremden, daß selbst von Seiten dieser Personen, wenn sie sich dennoch in Rechtsgeschäfte eingelassen und solche erfüllet haben, die Zurückforderung geschehen dürfe, ohne daß es darauf ankomme, ob die Zalung wissentlich, oder aus Irrtume geleistet worden. Z. B. Wenn Pupillen, Minderiährige, gerichtlich declarirte Verschwender, ohne vormundschaftliche Einwilligung kontrahirt und bezalt haben; So werden diese Personen einenteils von den Gesetzen als solche angesehen, denen die natürlichen Erfordernisse sich gültig zu verbinden, ermangeln, anderenteils aber ist die von ihnen geschehene Zalung an sich schon unkräftig, weil sie nicht über das Ihrige eigenmächtig disponiren können: mithin sieht ein Jeder, daß bei ihnen die sonstigen Folgen einer freiwillig geleisteten Erfüllung nicht zutreffen können. Dies ist es, was **Ulpian** in nachfolgenden Worten gelehret: Interdum *persona* locum facit repetitioni, vt puta si pupillus sine tutoris auctoritate, vel is, cui bonis interdictum est, soluerit. Nam in his personis *generaliter* repetitioni locum esse non ambigitur 341). Von den Frauenspersonen, welche nach gewissen provinzial

Gesetzen

Gesetzen unter fortwährender Vormundschaft stehen, ist wegen Gleichheit der Ursachen das nämliche zu behaupten 342); obgleich einige Rechtslehrer das Gegenteil zu verteidigen suchen 343). Aber auch ausser den genannten Personen, sind 2) die Gründe der obigen Regel nicht anwendlich, wenn nur die Absicht des bürgerlichen Verbots vorzüglich dahin gehet, es zu verhüten, daß Jemand durch listige Beredung Anderer um das Seinige gebracht werde, ob er gleich sonst über sein Vermögen frei disponiren kann. Daher auch die erfüllte Schenkung unter Ehegatten von dem Schenker selbst, so lange er lebt, revociret werden kann 344), und durchgängig, was über 500. Soliden ohne gerichtliche Insinuation geschenket worden 345). In allen Fällen der ersten und zweiten Art, ist der Kontrahent, welcher die Erfüllung leistet, gerade derienige, den die Gesetze besonders in ihren Schutz nehmen; nach den Umständen, welche man den Rechten gemäs dabei voraussetzen muß, trift das Unrechtmässige der Handlung nicht sowol ihn selbst, als vielmehr denienigen, der sich mit ihm eingelassen, und auf einer gesetzlosen Art etwas zu erwerben gesucht hat. Hier findet also die Zurückforderung statt, wenn gleich der Empfänger vorschützen wollte, daß der andere Theil nicht durch Irrtum zur Zalung veranlasset, sondern solche wissentlich geleistet hätte; weil dieses die erwähnten Umstände noch nicht aufhörend macht, und das Bewußtsein

von

von der Ungültigkeit des Handels keinesweges die Uebereilung und ungebührliche Persuasion und Verleitung, wogegen das Verbot eigentlich gerichtet ist, ausschliesset; folglich nicht gesaget werden kann, daß beide Theile in pari causa illicita versirten. Nur dann ist freilich die Erfüllung für unwiederruflich zu achten, wenn die Gesetze selbst verordnen, daß dergleichen Geschäfte durch nachherige Ratihabition zur Gültigkeit gelangen können, und die Zalung unter solchen Umständen erfolgt, daß sie eine rechtmässige Genehmigung des Handels mit sich führet. Wer also einen Vertrag, den er als Minderiähriger, oder als Verschwender im rechtlichen Verstande, ohne Vormund getroffen hatte, nach erlangter Grosiährigkeit, oder nach aufgehobener Kuratel erfüllet, der ist auch nicht weiter berechtiget, das Gegebene zu repetiren; Hieraus ist es nun zu erklären, warum die Frauenspersonen, welche sich verbürget, das Bezalte nicht zurückfordern können, wenn sie gewußt haben, daß ihre Intercession zu Recht nicht beständig sei. Denn die Gesetze nehmen hier nicht ohne Grund an, daß unter solchen Umständen an einem freien und hinlänglich überlegten Entschlusse nicht füglich weiter zu zweifeln sei. Hiernächst giebt es in einem andern Betrachte noch Ausnamen von der im vorigen §. vestgesezten Regel, 3) Wenn das Verbot gewisser Verträge aus der Ursache geschiehet, weil selbst dem gemeinen Wesen daran liegt, daß das Gege-

Gegebene oder Bezalte gerade demienigen verbleibe, der sich dessen entäussern wollen; z. B. Wenn derienige, dem zu seiner künftigen Alimentation gewisse Güter vermacht worden, ohne des Richters Zustimmung einen Vergleich schliesset, und in Gefolge desselben die vermachten Stücke weggiebet 347). Endlich auch 4) Wenn der unrechtfertige Vorteil, welchen der Empfänger zum Schaden des andern Kontrahenten aus dem Handel ziehen würde, ienen vorzüglich den Gesetzen verhaßt machet; und diese eben darum der unlautern Gewinnsucht durch verbietende Vorschriften billige Gränzen gesezt haben; zum Beispiele dient, der verbotene Wucher, der kommissorische Vertrag bei Verpfändungen, das pactum de quota litis, u. a. m. Ueberall ist hier der Gläubiger immer derienige, dem eigentlich nur die Uebertretung der Gesetze vorzuwerfen; der Schuldener hingegen der, dem die Gesetze gegen die Gewinnsucht des Erstern ihren Schutz angedeien lassen; weshalb die Zurückforderung des ungebürlichen Vorteils ohne Bedenken statt findet. Genau gerechnet, wäre nun dieses von dem, der sich in verbotene Hazard-Spiele eingelassen und das Verlorne bezalet hat, eben nicht zu behaupten, denn er hat im Ganzen eben so unerlaubt gehandelt, als der andere, dem das Glück günstiger gewesen. Da aber gleichwol ausdrückliche Gesetze dem Mitspieler selbst die Zurückforderung der Spielschuld durchgängig gestatten 348): So behält

hält es freilich dabei sein Bewenden, wenn gleich diese besondere Ausname von der obigen Regel mit keinem andern Grunde, als dem bekannten ita lex scripta est, zu unterstützen sein dürfte.

341) L. 29. D. de condict. indeb.

342) MEVIUS *ad ius Lubecense* Lib. 1. Tit. 10. Art. 3.

343) *Ulr.* HUBER Praelect. ad Inst. Lib. 3. Tit. 14. §. 2.

344) L. 32. §. 2. D. de donat. inter vir. et uxor. Fas esse, eum quidem, qui donavit, poenitere, Heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem eius, qui donavit, durum et auarum esse.

345) L. 27. und 36. §. 3. C. de donation. Man sehe hiebei oben die Note 231.

346) L. 9. C. ad S. C. Velleianum. Quamuis mulier pro alio soluere possit, tamen si praecedente obligatione, quam Senatusconsultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, *eius senatusconsulti beneficio munitam se ignorans*. locum habet repetitio. Man sehe auch L. 26. §. 3. L. 40. D. de cond. ind. Nach Anleitung dieser Gesetze behauptet VOET Comment. ad Pand. Lib. XVI. Tit. 1. §. 12. mit Recht: Quod si mulier ex intercessione obligata, iam solverit, quod ita debebat, *si quidem sciens se exceptione tutam esse*, condicere non potest; wiewol der Grund, welchen er noch besonders hinzufügt: eo quod consulto dati indebiti donatio est, donanti autem mulieri per Velleianum non succurritur, unter dieieni=

diejenigen gehören dürfte, welche zu viel beweisen. Denn eben so gut könnte man auch sagen: Wer wissentlich zu viele Zinsen bezalet, der kann solche nicht zurückfordern, quoniam consulto dati indebiti donatio est. Mehr überzeugend und weniger zweideutig ist unstreitig der Grund, welchen uns die wahre Absicht der Vellcianischen Verordnung an die Hand giebt. Da nämlich die Bürgschaft der Frauenspersonen nur darum unkräftig ist, damit sie nicht durch ungebührliche Beredungen und übereilte Zusagen um das Ihrige gebracht werden: So haben dagegen auch die Gesetze billig befunden, eine rechtsverbindliche Ratihabition zuzulassen, wenn dabei solche Umstände eintreten, welche den ernstlichen und freien Willen der Frauensperson hinlänglich zu Tage legen. Dies erklärt die Sache selbst nicht allein zur Genüge, sondern wir sehen auch gleich die Ursache, warum in andern bürgerlich verbotenen Rechtsgeschäften die wissentlich geschehene Zalung dennoch repetiret werden könne. So zum Beispiele enthält der verbotene Wucher ein *improbum lucrum*, dessen der gewinnsüchtige Gläubiger durchaus nicht teilhaftig werden soll; weshalb auch keine gültige Ratihabition desselben geschehen kann; dahingegen die Bürgschaft der Frauenspersonen nicht sowol darum für ungültig erklärt wird, weil sie an sich etwas verwerfliches enthält, als vielmehr nur, weil zu befürchten ist, daß sie aus Mangel an genugsamer Ueberlegung und völlig freiem Willen übernommen worden. Der Grund des Unterschieds, in Ansehung der Ratihabition, ist also evident.

347) L. 25. §. 2. D. de condict. indebiti.

348) L. 3. C. de aleatoribus. LAUTERBACH Compend. Pandectar. Lib. XI. Tit. 5. p. 160. behauptet dennoch, daß heutiges Tages dem Mitspieler selbst die Zurückforderung wirklich nicht zustehe, weil beide Theile in re illicita versirt hätten. Sonderbar genug! War denn etwa derzeit, als Justinian die Spiele so nachdrücklich untersagte, und nichts destoweniger selbst dem Uebertreter seiner Verordnung die Zurückforderung erlaubte, nicht eben sowol par utriusque turpitudo vorhanden?

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weber, Adolph Dietrich,

Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit
und deren gerichtlichen Wirkung

Bd.: 2

Schwerin [u.a.] (1785)

Bamberg, Staatsbibliothek -- J.c.o.172#2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11703320-8
VD18 80032273-001